

**OM TILLATELSER OG KRAV I LYS AV EU-
KOMMISJONENS FORSLAG TIL DIREKTIV OM
TJENESTEYTELSER AV 5.3 2004**

Kandidatnummer: 427

Veileder: Finn Arnesen

Leveringsfrist: 25.4 2006

Til sammen 17963 ord

17.06.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING.....</u>	<u>1</u>
<u>2</u>	<u>FORMÅL MED OG HISTORISK BAKGRUNN FOR DIREKTIVFORSLAGET</u>	<u>4</u>
<u>3</u>	<u>REGLENE OM TILLATELSER OG KRAV</u>	<u>5</u>
3.1	5
3.2	Definisjon av tjenester	6
3.2.1	Betalingskravet	6
3.2.2	Grenseoverskridelseskravet	11
3.2.3	Kravet til midlertidig utøvelse/ avgrensing mot etablering.....	13
3.2.4	Endres tjenestedefinisjonen med direktivforslaget – sammenfatning.....	15
3.3	Restriksjoner.....	16
3.3.1	Definisjon av restriksjoner.....	17
3.4	Lovlige restriksjoner - unntaksreglene.....	19
3.4.1	Lovbestemte unntak.....	20
3.4.2	Domstolskapte unntak – allmenne hensyn.....	22
3.4.3	Innsnevres lovlige restriksjoner med direktivforslaget – sammenfatning.....	30
3.5	Opprinnelseslandsprinsippet.....	31
3.5.1	Hovedregelen.....	31
3.5.2	Unntaksreglene	36
3.5.3	Direktivforslaget av 4.4 2006	42
<u>4</u>	<u>RETTSREGLENE ANVENDT PÅ ARBEIDSRETTLIGE FORHOLD.....</u>	<u>43</u>
4.1.1	Rettsreglene i direktiv 96/71/EF	43
4.1.2	Arbeidsrettslige forhold som ikke reguleres av 96/71/EF.....	45
<u>5</u>	<u>NOEN RETTSPOLITISKE BETRAKTNINGER.....</u>	<u>48</u>

<u>6</u>	<u>SAMMENFATNING.....</u>	<u>51</u>
<u>7</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>
<u>8</u>	<u>DOMSREGISTER.....</u>	<u>57</u>

1 Innledning

Denne avhandlingen behandler EU-kommisjonens forslag til direktiv for tjenesteytelser i de indre marked av 5.3 2004, KOM(2004) 2. Forslaget er et forsøk på å skape et enhetlig regelverk innen tjenestesektoren, og det er hjemlet i EU-traktaten artikkel 47 og 55. I utgangspunktet var planen at medlemslandene skulle gjennomføre direktivet i løpet av en femårsperiode. Imidlertid har direktivforslaget møtt sterk motstand fra enkelte av medlemslandene, og i juridiske termer har det blant annet vært hevdet at forslaget utvider definisjonen av tjenester, at det innskrenker kriteriene for lovlige restriksjoner, og at den sterke vekten på opprinnelseslandsprinsippet vil innskrenke medlemslandenes handlingsfrihet¹. Særlig har diskusjonen vært stor rundt arbeidsrettslige spørsmål og faglige rettigheter. En følge av protestene er at det opprinnelige direktivforslaget er endret, og den 4.4 2006 la kommisjonen frem et revidert forslag hvor blant annet opprinnelseslandsprinsippet er utelatt, samtidig som flere tjenestenæringer, deriblant alle arbeidsrettslige forhold, er unntatt fra direktivforslaget.

I denne avhandlingen ønsker jeg å analysere hvorvidt direktivforslaget fra 2004 ville ha ført til nye eller strengere regler innen fri bevegelse av tjenester. Jeg legger særlig vekt på hvorvidt medlemslandenes mulighet til å kreve tillatelser og til å stille krav til tilbyderne av tjenester ville endres. Fremstillingen starter med en kort gjennomgang av den historiske bakgrunnen til og virkeområde for direktivforslaget. Deretter følger en del om rettsreglene, og i denne delen behandles både gjeldende rett og eventuelle endringer dersom direktivforslaget vedtas. Rettskilder omkring gjeldende rett er EØS-avtalen og rettspraksis, med særlig vekt på det siste: rettspraksis brukes til å utdype begreper fra avtalen. Fra direktivforslaget behandler jeg artiklene 4, 9, 10 14, 15, 16, 17, 18 og 19, og for å analysere disse ser jeg både til ordlyden i artiklene og til de rettslige kommentarene i direktivforslaget. Jeg prøver å belyse hvilke punkter som fremstår som sikre i henhold til forslaget, og hvilke punkter som vil trenge avklaring gjennom rettspraksis. Særlig vekt legges på punkter som ville ha endret gjeldende rett.

¹ Gekiere, september 2004

For hver av artiklene behandler jeg også endringene i forslaget fra april 2006, og drøfter hvordan forslaget fra april 2006 forholder seg til forslaget fra 2004. Men denne behandlingen er summarisk, og har kun til hensikt å gi en oversiktlig fremstilling av endringene: Det er forslaget fra 2004 som er hovedtema i avhandlingen, og det er det som vektlegges.

Som nevnt er hovedfokus på emner som endres eller kan endres av forslaget og som samtidig har betydning for tillatelser og krav. Emner som ikke berøres av forslaget behandles derfor summarisk eller ikke i det hele tatt. For eksempel er ikke-diskrimineringskravet og proporsjonalitetskravet ikke behandlet i avhandlingen, siden det er lite som tyder på at direktivforslaget vil gi noen forandring her. Til gjengjeld behandles en del av punktene forholdsvis detaljert: Siden en grundig analyse av hvorvidt direktivforslaget ville ha endret rettstilstanden krever god kjennskap til dagens regler, er dette nødvendig. Dette gjelder særlig definisjon og avgrensing av tjenestebegrepet, definisjon av restriksjon, og hva som kreves før en restriksjon ansees som lovlig. Avhandlingen gir altså ikke en fullstendig fremstilling av gjeldende rett innen området, men konsentrerer seg om emner som berøres av direktivforslaget.

Etter denne teoretiske delen følger et kapittel hvor både dagens og forslagets regler anvendes på medlemslandenes mulighet til å håndheve arbeidsrettslige avtaler overfor utenlandske selskaper som utfører arbeid i Norge. I dag er denne retten hjemlet i lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv, nr 58, 1993, og i dette avsnittet drøfter jeg om denne loven fremdeles vil kunne anvendes dersom opprinnelseslandsprinsippet vedtas. Som i avsnittet over blir hovedvinklingen på eventuelle endringer: ville direktivforslaget fått noen konsekvenser for denne loven dersom det ble vedtatt? (I forslaget fra april 2006 er alle arbeidsrettslige forhold unntatt.)

Jeg går ikke inn på saksbehandlingsreglene i forslaget og behandler heller ikke retten til å motta tjenester, men konsentrerer meg om retten til å tilby.

Noen ord om terminologi: I teksten brukes ordet produkt om noe som blir tilbudt av en produsent. En tjeneste er selvfølgelig et produkt, mens det omvendt ikke nødvendigvis er tilfelle. Denne distinksjonen er nyttig i drøftingene om hva som faktisk er en tjeneste – ordet tjeneste brukes altså kun om produkter som er tjenester i henhold til EØS-avtalen.

'Direktivforslaget' refererer til forslaget som ble lagt frem i mars 2004, ettersom det er dette forslaget som er hovedtema i avhandlingen. Når jeg behandler det nyeste forslaget fra april 2006, betegnes dette med 'direktivforslaget av 4.4 2006'.

Videre bruker jeg betegnelsen 'rettslige kommentarer' på punktene aller først i selve direktivforslaget. I avhandlingen bruker jeg disse kommentarene aktivt for å tolke direktivforslaget, og noen ord om den rettskildemessige betydningen av disse kommentarene kan derfor være på sin plass. Kommentarene er å anse som forarbeider, og tradisjonelt legger EU-retten liten vekt på disse. At jeg likevel velger å bruke dem skyldes først og fremst to forhold: For det første finnes det avgjørelser hvor domstolen har anvendt direktivforarbeider, jmf Sml. 1982 AM & S Europe Ltd og Sml. 2000 Telaustria, og dette tilsier at forarbeidene faktisk har rettskildemessig betydning i europaretten. For det andre er det før direktivforslaget blir vedtatt få eller ingen andre rettskilder som kan belyse forslaget, og ved siden av selve artiklene er forarbeidene derfor det eneste rettskildemessige grunnlag for tolkning. Dette vil naturligvis endre seg dersom forslaget vedtas og det utvikles rettspraksis i henhold til det, og i så tilfelle vil forarbeidene miste mye av sin relevans. Men enn så lenge mener jeg det er grunnlag for å anvende dem i tolkningsprosessen. Dette synspunktet støttes for øvrig i litteraturen².

I avhandlingen er det få henvisninger til teori og desto flere til rettspraksis. Dette skyldes at rettspraksis i større grad og med større detaljeringsnivå belyser direktivforslaget. Mange av formuleringene i forslaget er hentet fra rettspraksis, samtidig som forslaget flere steder

² Finn Arnesen: Statlig styring og EØS-rettslige skranker, s 38.

henviser til praksis. Av den grunn har jeg i stor grad lagt vekt på denne rettskildefaktoren i analysen.

2 Formål med og historisk bakgrunn for direktivforslaget

I mars 2002 vedtok Det Europeiske Råd å utvikle et reformprogram for å gjøre EU til den mest konkurransedyktige økonomi i verden. I den forbindelse utarbeidet Kommisjonen en statusrapport over det indre marked for tjenester, og rapporten ble lagt frem for Rådet i juli 2002³. Ifølge rapporten gjenstår et betydelig arbeid før et indre marked for tjenester er etablert, noe som blant annet skyldes at medlemslandene har til dels svært ulike regler innen tjenestelovgivning. Dette gjør det vanskelig å tilby tjenester på tvers av landegrensene, ettersom tilbyderne må forholde seg til ulike krav og reguleringer i de forskjellige medlemslandene. For å stimulere tjenestenæringen foreslo Kommisjonen derfor å utarbeide et direktiv for tjenester.

Tjenestenæringen utgjør i dag ca 70 % av medlemslandenes BNP⁴ og dersom en harmonisering av regelverket kan gi vekst i denne sektoren, vil det få stor økonomisk betydning for medlemslandene. Direktivet skal altså gjøre det lettere for små og mellomstore bedrifter å tilby tjenester i andre medlemsland: Betingelser for å tilby tjenester skal gjøres så ensartede som mulig i hele området, slik at tilbyderne ikke må forholde seg til forskjellige regler og prosedyrer i de ulike landene. Både saksbehandlingsregler og materielle regler skal forenkles og harmoniseres, og forslaget har en forholdsvis detaljert plan for hvordan medlemslandene skal gå frem for å innføre de endringene som er nødvendige for å forenkle saksbehandlingen og for å oppnå den rettsharmoniseringen landene imellom direktivforslaget legger opp til. Direktivforslaget omhandler altså både materielle og prosessuelle regler.

³ Kom(2002) 441 endelig

⁴ KOM(2004) 2 endelig

3 Reglene om tillatelser og krav

3.1

I denne delen behandler jeg reglene om fri bevegelse av tjenester, og legger særlig vekt på reglene omkring tillatelser og krav. De første avsnittene er en svært summarisk fremstilling av gjeldende rett basert på selve EØS-avtalen, del III, kapittel 3 og 2. Deretter går jeg nærmere inn på punktene som har betydning for myndighetenes mulighet til å sette betingelser for tilbudet av tjenester og som samtidig berøres av direktivforslaget.

Hovedreglene om fri bevegelse av tjenester finner man i EØS-loven, del III, kapittel 3, art. 36 og 37 (EU-traktaten, del III, kapittel 3 og 2, art 49 og 50). I følge artikkel 36 (EU art 49) skal det ikke være restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen medlemslandene når tjenesten tilbys i et annet land enn tilbyderens etableringsland. Videre gir art. 37 en definisjon av selve tjenestebegrepet. For at et produkt skal kunne kalles en tjeneste må det ytes mot betaling, og i tillegg avgrenser artikkelen begrepet tjenester ved å slå fast at et produkt er en tjeneste bare i den grad det ikke faller inn under avtalens regler om fritt varebytte eller fri bevegelighet for kapital og personer. Til slutt heter det at begrepet tjenester gjelder særlig for industriell virksomhet, handelsvirksomhet, håndverksvirksomhet og virksomhet innen de frie yrker.

Artikkel 39 slår fast at bestemmelsene i art. 30, 32, 33 og 34 også skal gjelde for tjenester. Artikkel 30 pålegger medlemslandene å treffe de tiltak som er nødvendig for gjensidig godkjenning av hverandres diplomer, eksamensbevis og kvalifikasjonsbevis. Artikkel 32 og 33 er unntaksbestemmelser: ifølge artikkel 32 gjelder tjenestereglene ikke ved utøvelse av offentlig myndighetsutøvelse, mens art 33 sier at reglene kan fravikes av hensyn til offentlig orden, sikkerhet og folkehelse. Artikkel 34 er en definisjonsartikkel, og her heter det at reglene gjelder for selskaper og juridiske personer så vel som for reelle personer.

Selv om ordlyden i artiklene er forholdsvis klar, er det flere begreper som trenger utdyping: Hva ligger i betalingskravet, hvordan avgrenses tjenestebegrepet mot de andre frihetene og når tilbys tjenesten i et annet land enn tilbyderens etableringsland? Videre må man avklare

begrepene restriksjon, offentlig myndighetsutøvelse, orden, sikkerhet og folkehelse. I tillegg har tjenestereglene en viktig ulovfestet unntaksregel: en restriksjon kan likevel være lovlig dersom den verner et allment hensyn (general good, public interest), forutsatt at den ikke er diskriminerende.

3.2 Definisjon av tjenester

Det første aspektet innen reglene er selve definisjonen av tjenester. Dette punktet er interessant fordi kritikere av forslaget hevder at definisjonen vil utvides dersom det vedtas⁵, slik at flere produkter enn tidligere vil falle inn under begrepet. For å drøfte denne påstanden er det derfor nødvendig med god kjennskap til både gjeldende definisjon og direktivforslagets definisjon.

Det er tre punkter som krever nærmere utdypning: for det første hva ligger i begrepet betaling, hva ligger i kravet til grenseoverskridelse og hvordan avgrense tjenestereglene mot reglene om fri etablering.

3.2.1 Betalingskravet

3.2.1.1 Gjeldende rett

Betalingskravet har vært belyst i mange rettssaker, og EU-domstolen har tatt stilling til både hvorvidt betalingskravet har vært innfridd innen spesielle typer tjenester, og kommet med prinsipielle uttalelser om når betalingskravet aldri er innfridd. Det siste er særlig tilfelle i Case 263/86, Humbel, § 18. Saken gjaldt hvorvidt private utdanningsinstitusjoner tilbyr tjenester, og domstolen slo klart fast at det her ikke forelå en tjeneste. Begrunnelsen var at betalingskravet ikke var innfridd selv når elevene betalte skolepenger, fordi utdanning er noe medlemslandene er forpliktet til å gi innbyggerne for å innfri sine sosiale, kulturelle og utdanningsmessige forpliktelse: "the State,..., is not seeking to engage in gainful activity, but is fulfilling its duties ... in the social, cultural and educational fields.

⁵ Gerkiere 2004

Secondly, the system in question is, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents. The nature of the activity is not affected by the fact that pupils or their parents must sometimes pay teaching or enrolment fees... ”. Her la altså domstolen vekt på både produktets art – undervisning – og at produktet i hovedsak ble finansiert av offentlige midler, 'public purse'. Dommen legger ikke vekt på hva slags offentlig finansiering det dreier seg om, uttrykket 'public purse' er generelt og vil vel omfatte alle former for offentlig finansiering, uavhengig av om produktet er finansiert med avgifter eller skatter.

Noe overraskende er det derfor at domstolen med hensyn til helsetjenester har kommet til det motsatte resultat; helsetjenester har vært behandlet i flere dommer, og domstolen har hver gang konkludert at betalingskravet er innfridd. I Case 286/82, *Luisi and Carbone*, § 9 heter det at “medical activities fall within the scope of Article 60”. I Case C-159/90 *Grogan*, § 17: ”..a medical activity which is *normally provided for remuneration* and may be carried out as a professional activity” (min utheving). I *Luisi and Carbone* nevner Domstolen riktignok ikke betalingskravet, men all den tid den sier at helsetjenester reguleres av art 60 (nå art 50) og derfor anses som en tjeneste, er det implisitt at betalingskriteriet er innfridd. I *Grogan*, derimot, nevnes betalingskravet eksplisitt som et innfridd kriterium for helsetjenester. Denne dommen gjaldt egentlig abortrådgivning, slik at sitatet er en sidekommentar som ikke var avgjørende for domsutfallet, og bør vel dermed ikke tillegges alt for stor vekt. Men trenden har holdt seg i senere dommer; Domstolen har i flere saker drøftet hvorvidt kravet er innfridd for helsetjenester, og den har alltid konkludert at så er tilfelle. Case C-158/96, *Kohll* gjaldt tannlegebehandling i et annet medlemsland, og også her ble betalingskravet vurdert å være innfridd. Pasienten fikk behandlingen refundert via hjemlandets trygdebudsjett, men dommen går ikke inn på finansieringsmåten og nevner ikke engang at betalingen her foregikk via trygdemidler. Konklusjonen var den samme i Case C-157/99 *Smits/Peersbooms*, som handlet om sykehusbehandling ved en privatklinikk i et annet medlemsland. I denne saken ble tjenesten betalt av pasientene selv, men i dommen er det understreket at betalingskravet også ville være innfridd selv om utgiftene ble dekket over hjemlandets trygdebudsjett. Derimot sier heller ikke denne dommen noe

om hvorvidt det er avgjørende at tjenesten er dekket over trygdebudsjettet og ikke med en generell offentlig bevilgning. Usikkerheten fra Kohll om hvorvidt dette er vesentlig for at betalingskravet skal være oppfylt, reduseres derfor ikke med denne dommen, men fremstår fremdeles som uavklart.

For helsetjenester har Domstolen altså ikke lagt avgjørende vekt på tjenestenes art, og ser helt bort fra at helsetjenester i likhet med utdanning er en oppgave medlemslandene er forpliktet å gi sine innbyggere. Hvorfor Domstolen skiller mellom utdanning og helse på denne måten går ikke frem av noen av dommene, og å prøve å forklare dette vil derfor lett få et preg av spekulasjon. Når det gjelder finansieringsmåten er det også vanskelig å finne en prinsipiell begrunnelse hvorfor betalingskravet ikke er innfridd for utdanning mens det er innfridd for helsetjenester. I de fleste dommene finansieres tjenestene med offentlige midler, og hvorvidt det er vesentlig for konklusjonen at helsetjenestene ble finansiert med trygdemidler mens utdanningen ble finansiert over skattebudsjettet er uvisst.

I litteraturen⁶ har det vært diskutert om dette er avgjørende. Argumentasjonen har vært at mens skattebevilgninger bevilges generelt over det offentlige budsjett og i liten grad er knyttet til direkte motytelser fra den enkelte mottaker, er trygdeavgifter betalt av hver enkelt nettopp med tanke på å dekke helsetjenester. Videre har helsetjenestene ofte vært basert på refusjonsordninger: tilbyderne fikk refundert midler for hver pasient som ble behandlet, og en slik ordning kan ha et sterkere element av betaling enn en generell bevilgning. Dette kan tilsi at betalingskravet er innfridd for helsetjenester og ikke for andre offentlige ytelser. Uttalelsene fra Humbel, Grogan og Luisi and Carbone gir ingen støtte for at dette er utslagsgivende, mens vektleggingen av finansieringen over trygdebudsjettet i Kohll kan innebære at finansieringsmåten så vel som refusjonsordningen har betydning. Men dommene gir ikke grunnlag for å konkludere sikkert, man kan i høyden snakke om en tendens. I dagens rettstilstand fremstår dette spørsmålet som uavklart, og det er vanskelig å konkludere sikkert på grunnlag av foreliggende rettspraksis.

⁶ EØS-rett, Sejersted, Arnesen m.fl, 2004

3.2.1.2 Direktivforslaget

I artikkel 4, punkt 1 heter det at "tjenesteydelse: enhver selvstendig erhvervsvirksomhed som omhandles i traktatens artikkel 50, der består i at ydføre en ydelse, for hvilket der betales en økonomisk motydelse.". Her er altså betalingskravet eksplisitt nevnt, og i tillegg er det omhandlet i rettslig kommentar (15) og (16). Punkt (15) formulerer hovedregelen, og her heter det at "I samsvar med Domstolens rettspraksis vedrørende art 49, dekker begrepet tjenesteytelse enhver ervervsvirksomhet der normalt utføres mot betaling, uten at dette krever, at tjenesteytelsens betales av den der mottager ytelsen, og uansett hvordan den økonomiske motytelse, der utgjør betalingen, finansieres." Her er det flere momenter å merke seg. For det første refererer kommentaren til rettspraksis, og betingelsen 'der mot normalt utføres mot betaling' er tidligere formulert i Case C-159/90, Grogan. Forslaget gir dermed inntrykk av at hensikten er å videreføre gjeldende rett. På den andre siden kan man få inntrykk av at betalingskravet mildnes her i forhold til tidligere, siden det ikke stilles krav til hvordan betalingen finansieres, "uansett hvordan den økonomiske motytelse, ... finansieres.". I Kohll ble det lagt vekt på at betalingskravet var innfridd fordi det var dekket over trygdeordningen, og dette skapte en uvisshet om hvorvidt dette var vesentlig for hvorvidt betalingskravet er innfridd. Denne usikkerheten faller muligens bort med denne kommentaren; her sies det klart at det ikke har betydning hvordan tjenesten finansieres. En mulig konsekvens kan være en fremtidig nedtoning av betalingskravet - særlig innenfor det som ansees som offentlige oppgaver, siden det ikke har betydning hvordan tjenesten finansieres. Dette vil igjen gi en videre definisjon av tjenestebegrepet.

I motsatt retning kan man hevde at kommentaren også krever at tjenesten *normalt* utføres mot betaling. Hva ligger i dette kravet og når er det innfridd? Hva skal man si om en tjeneste som i noen medlemslandsland dekkes over det offentlige budsjettet, mens det i andre land må betales av mottakerne? Er normalkravet da innfridd? Her åpner forslaget for ulike tolkninger, og rent retts teknisk burde vel bruken av normalt være avklart i selve direktivteksten. En mulig tolkning er at normalkravet tilsier at tjenesten har vært dekket over det offentlige budsjett i et flertall av medlemslandene. Som kjent har både utdanning og helsetjenester vært dekket av fellesskapet i alle de europeiske medlemslandene, slik at

det er grunn til å anta at normalkravet er innfridd for begge disse tjenestene. På en annen side vil det med en slik tolkning overlates til et flertall av landene å til enhver tid definere hva som er normalt og dermed omfattes av tjenestereglene, og normalt vil dermed lett få et noe vilkårlig innhold. I sum kan man si at det er vanskelig å gi en sikker tolkning av hva som menes med 'normal utføres mot betaling', og for avklaring må man se til hvordan rettspraksis utvikler seg.

Som nevnt omhandler (15) hovedregelen. I (16) innskrenkes denne: "Betalingskriteriet er ikke oppfylt i forbindelse med de former for virksomhet staten utfører uten økonomisk motytelse som ledd i sine oppgaver på det sosiale, kulturelle, utdannelsesmessige og rettslige området. ". Denne formuleringen er nesten identisk med sitatet fra Case 263/83, Humbel, men skiller seg fra denne dommen på to punkter. For det første er rettslig virksomhet tatt med. For det andre er det et krav at staten ikke mottar økonomiske motytelser. Dette er en innsnevring av unntaksområdet i forhold til Humbel – i denne dommen ble det understreket at betalingskravet ikke var innfridd selv om elevene betalte skolepenger: "The nature of the activity (utdanning, min kommentar) is not affected by the fact that pupils or their parents must sometimes pay teaching or enrolment fees... ". Her kan man altså se for seg at tjenestereglene vil få virkning innenfor offentlige oppgaver som tidligere har vært unntatt; for eksempel er det lett å se for seg at utdanningsinstitusjoner som mottar skolepenger vil falle inn under tjenestebegrepet og slik bryte med praksis fra Humbel.

3.2.1.3 Direktivforslaget av 4.4 2006

I direktivforslaget av 5.3 2004 er det i tillegg til artikkel 4 rettslig kommentar (15) og (16) som behandler betalingskravet. Direktivforslaget av 4.4. 2006 inneholder noen små, men vesentlige endringer i henhold til dette kravet. For det første er kommentar (15) fjernet, men i tillegg er artikkel 4, punkt 1 (definisjon av tjenester) utvidet, og formuleringen "normalt utføres mot betaling" er tatt inn her. I forslaget fra 2004 lå dette i (15). At kommentar (15) er fjernet innebærer dessuten at formuleringen 'uansett hvordan den økonomiske motydelse der utgjør betalingen, er finansiert' er tatt ut. I behandlingen av

forslaget fra 2004 drøftet jeg om denne formuleringen kunne føre til en utvidelse av tjenestedefinisjonen ved at betalingskravet også ville være innfridd for skattefinansierte ytelser. Denne muligheten faller bort med det nye forslaget.

Kommentar (16) er utvidet, og først i kommentaren heter det at i avgjørelsen om hvorvidt betalingskravet er innfridd skal man se til rettspraksis. I tillegg understrekes det at betalingskravet ikke er innfridd for oppgaver som faller inn under statens plikter på det utdanningsmessige, sosiale og kulturelle området, og at betalingskravet ikke nødvendigvis er innfridd selv om mottakerne betaler en motytelse som for eksempel skolepenger. Her ser man at trenden fra rettspraksis, og særlig Humbel videreføres, ettersom det er denne dommen som er sitert i kommentaren. I sum kan man derfor slå fast at i det nye direktivforslaget defineres betalingskravet med henvisninger til og sitater fra rettspraksis, slik at dette forslaget ikke vil gi noen endring av gjeldende rett.

3.2.2 Grenseoverskridelseskravet

3.2.2.1 Gjeldende rett

Grenseoverskridelseskravet er hjemlet i EØS-avtalen artikkel 36 (EU art 49). I følge artikkelen skal det ikke være restriksjoner på adgangen til å yte tjenester innen avtaleområdet når en tilbyder har etablert seg i et annet land enn tjenestemottakeren. Artikkelen stiller altså opp et krav om at tjenesten må krysse en grense for at avtalens regler skal gjelde.

Regelen har vært behandlet i flere dommer, og domstolen har tatt stilling til både hva som kreves før en tjeneste krysser en grense og gitt generelle uttalelser om når kravet aldri er innfridd. Det er særlig det siste som er interessant her, siden det er dette feltet som påvirkes av direktivforslaget. I Case C-41/90 Høfner/Macrotron, § 37 heter det: ”..the provisions of the Treaty of freedom of movement cannot be applied to activities which are confined in all respects within a single member state”. Dette prinsippet har vært gjentatt i flere dommer, blant annet i Case C-17/94 Gervais, § 24: ”It is settled case-law that the provisions of the

treaty do not apply to purely internal situations in a member state.” Videre i Case C-3/95, Reiseburo Broede, hvor det i § 14 heter: ”It has consistently been held that the provisions of the Treaty on freedom to provide services cannot apply to activities all of whose relevant elements are confined within a single member state.” Rettstilstanden er altså her ganske klar: dreier det seg om et forhold hvor tilbyder er etablert i samme medlemsland som mottaker befinner seg i, er forholdet internt, og fellesskapsrettens regler kommer ikke til anvendelse. I denne forbindelse kan det for øvrig være på sin plass å presisere at dersom enten tilbyder eller mottaker eller begge har beveget seg til et annet medlemsland for henholdsvis å tilby eller å motta tjenesten, er forholdet ikke lenger internt i denne forstand⁷, og fellesskapsretten kommer til anvendelse.

3.2.2.2 Direktivforslaget

Det er ingen av artiklene i selve forslaget som sier noe krever at tjenesten skal tilbys over en grense for at tjenestereglene skal kunne anvendes. Tvert imot heter det i artikkel 2, punkt 1 at reglene i direktivforslaget ”finner anvendelser på tjenesteydelser der utføres av tjenesteyter som har deres forretning i et medlemsland.”. Denne artikkelen gir snarere inntrykk av å eliminere hele grenseoverskridelseskravet; reglene krever ikke lenger et grenseoverskridende element, men gjelder for enhver som tilbyr tjenester innen avtaleområdet. Sammenlignet med både kravet til grenseoverskridelse i artikkel 36 og domstolens gjentatte uttalelser om at reglene ikke kommer til anvendelse på rent interne forhold, må dette sies å være en vesentlig endring av gjeldende rett. Fellesskapsreglene får dermed anvendelse på langt flere forhold enn tidligere: tjenester tilbudt innen en og samme medlemsstat vil nå bli regulert av EØS-avtalens tjenesteregler, mens de tidligere bare var regulert av interne regler. I sum kan man si at artikkel 2, punkt 1 i stor grad utvider anvendelsesområdet for fellesskapsreglene.

⁷ Case C-180/89, Case C-154/89, Case C-198/89, Tourist Guides

3.2.2.3 Direktivforslaget av 4.4 2006

Direktivforslaget av 4.4 2006 inneholder ingen endringer mht grenseoverskridelseskravet i forhold til forslaget av 5.3 2004. I forslaget av 2004 ble dette kravet behandlet i artikkel 2, punkt 1, og denne artikkelen er uendret i det nye forslaget, slik at også dette forslaget eliminerer kravet til et grenseoverskridende element.

3.2.3 Kravet til midlertidig utøvelse/ avgrensing mot etablering

3.2.3.1 Gjeldende rett

I EØS-avtalen artikkel 37 tredje ledd heter det at tjenesteyteren kan midlertidig utøve sin virksomhet i et annet medlemsland på samme vilkår som dette medlemslandet setter for sine egne innbyggere. Denne regelen gir altså tjenesteyteren rett til å påberope seg avtalens regler om fri bevegelse av tjenester på et forhold som egentlig er internt: tjenesten tilbys og konsumeres i samme medlemsland, men bare over en kort periode og forutsatt at tjenesteyteren har beveget seg over en grense for å tilby tjenesten. I tillegg trekker regelen en grense mot etableringsfrihet; dersom tjenesteyteren skal oppholde seg midlertidig i medlemslandet er det reglene om tjenestefrihet og ikke reglene om etableringsfrihet som skal påberopes.

Også denne regelen har vært behandlet i rettspraksis, og det er hovedsaklig kravet til midlertidig opphold som har vært behandlet – hvordan skal man avgjøre om dette kravet er innfridd? I Case C-55/94 Gebhard § 39 uttalte domstolen: “The temporary nature of the provisions ... is to be determined in the light of its duration, regularity, periodicity and continuity.” Domstolen stiller altså opp fire kriterier; varighet, regelmessighet, hyppighet og kontinuitet. Jo sjeldnere og mer kortvarig en tjeneste tilbys, desto mer midlertidig er tilbudet, og desto større mulighet er det for å kunne påberope seg tjenestereguleringene. Her kan man riktignok hevde at disse kriteriene er svært relative, og i mange tilfeller vil de kun gi en liten veiledning i vurderingen. Likevel stiller de opp momenter som skal spille inn, og domstolen legger vel egentlig opp til en snever tolkning av midlertidighetskravet: det er

ikke nok at tjenesten tilbys midlertidig, den må også tilbys sjelden og uregelmessig før tjenestereglene kan påberopes.

Leser man videre i § 39 i den samme dommen heter det ”the provider of services ... may equip himself in the host member state with the infrastructure necessary for the purpose of performing the services.”. Her heter det at tilbyderen kan utstyre seg med “infrastruktur” i vertslandet, og i § 27 utdypes hva som menes med infrastruktur: “including an office, chambers or consulting rooms”. Her åpner dermed rettspraksis for at tilbyderen kan ha både en praksis og et kontor i vertslandet og likevel påberope seg tjenestereglene.

3.2.3.2 Direktivforslaget

Heller ikke kravet til midlertidig utøvelse er nevnt i noen av artiklene i direktivforslaget, men det er behandlet i rettslig kommentar (19). I denne kommentaren heter det at når en tjenesteyter reiser til et annet medlemsland for å yte tjenester skal man skille mellom forhold som reguleres av etableringsretten og forhold som faller inn under reglene om tjenester, avhengig av virksomhetens permanente eller midlertidige karakter. Videre i kommentaren heter det at i denne sontringen skal man se til rettspraksis: ”I henhold til Domstolens retspraksis skal den midlertidige karakter av den pågjældende virksomhet ikke kun vurderes på grundlag av ytelsens varighet, men også på grundlag av dens hyppighet, periodiske karakter eller kontinuitet.” Så langt introduserer altså forslaget ikke noe nytt, men fastslår derimot at reglene fra rettspraksis skal videreføres; Formuleringen ’..på grundlag av ytelsens varighet, men også på grundlag av dens hyppighet, periodiske karakter eller kontinuitet.’ er nærmest et ordrett sitat fra Case C-55/94 Gebhardt, § 39. Det samme gjelder den neste setningen: Her heter det at ytelsens midlertidige karakter ikke kan utelukke ”at tjenesteyderen i værtsmedlemsstaten kan indrette visse faciliteter (herunder et kontor, en praksis eller et lokale), hvis disse faciliteter er nødvendig for udførelse af den pågjældende virksomhet.” Når det gjelder grenseoverskridelseskravet introduserer altså forslaget lite nytt – formuleringene i de rettslige kommentarene ligger tett opp til utsagn fra tidligere dommer, og er vel derfor kun en kodifisering av gjeldende rett.

3.2.3.3 Direktivforslaget av 4.4 2006

I forslaget fra 2004 ble kravet til midlertidighet behandlet i rettslig kommentar (19), som hovedsaklig var en henvisning til rettspraksis (Case C-55/94 Gebhardt). I forslaget fra 2006 er denne kommentaren fjernet, og dette kravet behandles ikke. Men ettersom artikkel 2 i begge forslagene slår fast at tjenestereglene får anvendelse på tjenester som tilbys i et medlemsland, blir vel dette kravet eliminert uansett – reglene i forslagene skal gjelde også for rent interne forhold, og kravet til midlertidighet mister derfor relevans.

3.2.4 Endres tjenestedefinisjonen med direktivforslaget – sammenfatning

I de foregående avsnittene ble tjenestedefinisjonen i gjeldende rett og i direktivforslaget analysert ved å se til betalingskravet, grenseoverskridelseskravet og kravet til midlertidig utøvelse / avgrensing mot etablering. Særlig vekt ble lagt på hvorvidt kriteriene for disse kravene endres dersom forslaget vedtas. I dette avsnittet prøver jeg å sammenfatte diskusjonen – stemmer det som enkelte har hevdet at tjenestedefinisjonen utvides med forslaget?

Når det gjelder kravet til midlertidig utøvelse / gresedragning mot etablering introduserer forslaget lite nytt. De rettslige kommentarene her er i stor grad basert på tidligere rettspraksis, og det er særlig Case C-55/94, Gebhardt som er sitert. Forslaget slår i likhet med Gebhardt fast at tilbyderer kan ha både kontor og praksis i vertslandet og likevel påberope seg tjenestereglene. Samtidig skal man i sontringen mellom etableringsreglene og tjenestereglene se til utøvelsens hyppighet, varighet, kontinuitet og periodisitet. Også disse kriteriene ble først nevnt i Gebhardt, og har vært gjeldende rett siden. For dette kriteriet er vel direktivforslaget dermed lite annet enn en kodifisering av en domstolsskapt regel, og vil ikke endre rettstilstanden dersom det blir vedtatt.

For betalingskravet er konklusjonen mer åpen. Formuleringen ”begrepet tjenesteydelse enhver ervervsvirksomhet der normalt utføres mot betaling, uten at dette krever, at tjenesteytelses betales af den der mottager ytelsen, og uansett hvordan den økonomiske

motydelse, der utgjør betalingen, finansieres” i rettslig kommentar (15), kan gi en indikasjon om at dette kravet mildnes. Særlig i forhold til Humbel representerer dette en endring, all den tid det i denne dommen ble lagt vekt på at betalingskravet ikke var innfridd selv om elevene betalte skolepenger. På en annen side understrekes det at betalingskravet bare er innfridd dersom det *normalt* utføres mot betaling. Hva som ligger i *normalt* er åpent, og forslaget sier ingenting om hvordan dette begrepet skal tolkes. For eksempel er det uvisst hvorvidt normalkravet er innfridd for tjenester som i noen land dekkes over det offentlige budsjettet, mens det i andre medlemsland må betales direkte av mottakerne. I sum kan man si at spørsmålene som fremsto som åpne i henhold til rettspraksis, nemlig hva som kreves før en tjeneste *normalt* utøves mot betaling og hvorvidt finansieringsmåten er vesentlig for tjenester som dekkes over det offentlige budsjettet, fremdeles er uavklarte i direktivforslaget. Riktignok kan formuleringen i rettslig kommentar (15) tilsi en mildning av kravet, men en slik tolkning er ikke sikker.

Den største endringen i tjenestedefinisjonen er vel i kravet til grenseoverskridelse. I henhold til artikkel 2 skal tjenestereglene gjelde ”på tjenesteydelser der utføres av tjenesteyder som har deres forretning i et medlemsland”. Her kreves det ikke at tjenesten skal krysse en grense for at tjenestereglene skal kunne påberopes, og direktivforslaget bryter dermed klart med både tidligere rettspraksis og regelen i EØS-avtalen artikkel 37 siste ledd: Domstolen har i flere avgjørelser slått fast at fellesskapsretten ikke får anvendelse på rent interne forhold⁸. Dersom forslaget vedtas vil slike forhold heretter reguleres av fellesskapsretten, noe som utvilsomt er en endring av dagens rettsregler.

3.3 Restriksjoner

Så langt i avhandlingen har det vært lite fokus på tillatelser og krav: jeg har hovedsakelig behandlet tjenestedefinisjonen uten særskilt blick på disse to begrepene. Det endres i denne delen, ettersom domstolen har karakterisert både tillatelser og krav som restriksjoner. Som nevnt innledningsvis heter det i EØS-avtalen artikkel 36 at det ikke skal være restriksjoner

⁸ Case C-17/94, Gervais, Case C-3/95, Reiseburo Broede, Case C-41/90, Høfner/Macrotron.

på adgangen til å yte tjenester. I dette avsnittet bruker jeg derfor rettspraksis til å belyse reglene omkring restriksjoner i henhold til gjeldende rett, mens jeg ser til artiklene i direktivforslaget for å analysere om reglene for restriksjoner endres dersom forslaget vedtas.

3.3.1 Definisjon av restriksjoner

3.3.1.1 Gjeldende rett

Selve EØS-avtalen gir ingen definisjon av restriksjoner. Rettspraksis gir derimot hjelp her ettersom domstolen har karakterisert et vidt spekter av bestemmelser som restriksjoner. I dette avsnittet gir jeg ingen uttømmende liste over rettspraksis på området, men fokuserer heller på avgjørelser som viser at så vel tillatelser som krav faller inn under hva som er restriksjoner i EØS-avtalens forstand.

Med tillatelser menes en ordning der myndighetene i en medlemsstat krever at en tjenesteyter innhenter en godkjenning fra myndighetene før han kan tilby tjenesten. Eksempler kan være pålegg om advokatbevilling for å virke som advokat eller legelicens for å arbeide som lege. Krav kjennetegnes ved at myndighetene setter betingelser for hvordan tjenesten kan tilbys og om den kan tilbys. Det kan være en bestemmelse om at man må være registret i et offentlig register for å virke som lege, at man må betale arbeidsgiveravgift eller følge bestemmelser om minstelønn for å kunne tilby en tjeneste.

Domstolen har i flere saker karakterisert tillatelsesordninger som restriksjoner. Pålegg om lisens for å utøve et yrke er nevnt i flere dommer: I Case C-43/93 Vander Elst, § 15 heter det at ”administrative licence constitutes a restriction on the freedom to provide services”. Saken gjaldt et belgisk firma som tilbød tjenester i Frankrike. Flere av de ansatte var marokkanske statsborgere med arbeidstillatelse i Belgia, men ikke i Frankrike. Frankrike mente at også arbeidstillatelse i deres land var nødvendig her, men fikk ikke medhold av domstolen i dette.

Også krav har vært karakterisert som restriksjoner. Bestemmelser om å være registrert i et offentlig register er behandlet i Case C-96/85, Commission / France. Saken gjaldt et fransk påbud om at alle leger og tannleger som tilbød tjenester i Frankrike skulle være registrert i et fransk register. Her mente domstolen at dersom legene eller tannlegene allerede var registrert i et annet medlemsland var dette kravet ulovlig. I § 14 og 15 heter det: "Those considerations show that the prohibition on the enrolment in a register of the order in France of any doctor or dental surgeon who is still enrolled or registered in another Member State is too absolute and general in nature to be justified.... is contrary to the provisions of the Treaty on freedom of movement for persons." Likeens har kravet om å betale arbeidsgiveravgift vært betegnet som en restriksjon. I Case C-272/94, Guiot / Climatec, § 14 og § 15 heter det: "National legislation which requires an employer,..., to pay employer's contributions to the social security fund of the host Member State,... Such legislation, even if it applies without distinction to national providers of services and those of other member States, is liable to restrict the freedom to provide services within the meaning of Article 59 of the Treaty." At tillatelser og krav er faller inn under restriksjoner i EØS-artikkel 36, er altså sikker rett.

3.3.1.2 Direktivforslaget

Direktivforslaget har ingen artikler eller rettslige kommentarer som gir en definisjon av restriksjoner. Derimot omhandler det en undergruppe av restriksjoner, nemlig tillatelser og krav. I artikkel 4, punkt 6 defineres en tillatelsesordning som "enhver procedure, der indebærer, at en tjenesteyder eller en tjenestemodtager skal henvende seg til en kompetent myndighed med henblik på at opnå en udtrykkelig eller en stiltiende afgørelse om adgangen til at optage eller udøve servicevirksomhed". Også krav defineres i forslaget: i artikkel 4, punkt 7 heter det at krav er "enhver forpligtelse, ethvert forbud, der er fastsatt i medlemsstaternes love eller administrative bestemmelser, eller som følger af retspraksis, administrativ praksis, faglige foreningers regler eller kollektive regler, som faglige sammenslutninger og ervervsorganisasjoner har vedtaget som led i deres retslige autonomi". Disse definisjonene er forholdsvis detaljerte og omfattende, men de rommer likevel ikke

elementer som ikke tidligere har vært definert som restriksjoner. Definisjonen av restriksjoner endres altså ikke med direktivforslaget.

3.3.1.3 Direktivforslaget av 4.4 2006

Også i direktivforslaget fra 4.4 2006 defineres tillatelsesordninger i artikkel 4, punkt 6 og krav i artikkel 4, punkt 7. Disse punktene er uendret i forhold til forslaget fra 2004.

3.4 Lovlige restriksjoner - unntaksreglene

I rettsreglene omkring restriksjoner er unntakene svært viktige. Riktignok har domstolen karakterisert et stort antall offentlige ordninger som restriksjoner, men den har også ofte erklært disse ordningene for likevel å være lovlige. Det er altså ikke slik at enhver restriksjon automatisk ansees for å være i strid med EØS-avtalen; snarere har regelverket flere hjemler for å godta restriksjoner og domstolen har her utvist forholdsvis stor toleranse for nasjonale særordninger. Dette avsnittet behandler disse hjemlene, og som tidligere i avhandlingen legges hovedvekten på dem som påvirkes av direktivforslaget.

Unntakshjemlene i gjeldende rett kan deles i to hovedkategorier: lovbestemte hjemler nedfelt i selve avtalen og hjemler som er skapt av domstolen – såkalte allmenne hensyn. Av disse to er det muligens den siste som berøres sterkest av direktivforslaget. Behandlingen av de domstolskapte unntaksreglene reglene blir derfor den mest omfattende i dette avsnittet.

Direktivforslaget har ingen generell regel som forbyr medlemslandene å kreve at tjenesteyterne skal innhente tillatelser, men i artikkel 9 stiller det opp kriterier en tillatelsesordning må tilfredsstillende for å være lovlig. Forslaget inneholder heller ikke et generelt forbud mot å stille krav, men det har en liste over hvilke type krav som vil være forbudte. Jeg drøfter hvordan disse reglene forholder seg til gjeldende rett, og da både i forhold til lovfestede unntaksregler og domstolsskapte regler. Som nevnt tidligere har domstolen karakterisert et stort antall restriksjoner som lovlige, og hvorvidt reglene endres

dersom direktivforslaget vedtas har derfor stor betydning for medlemslandenes mulighet til å kreve tillatelsesordninger og til å stille krav.

3.4.1 Lovbestemte unntak

3.4.1.1 Gjeldende rett

De lovbestemte unntakene er hjemlet i avtalens Del III, kapittel 2. I artikkel 32 (EU artikkel 45) heter det at reglene ikke kommer til anvendelse for virksomhet som for en avtalepart innebærer, om enn bare leilighetsvis, utøvelse av offentlig myndighet. I denne regelen er det hovedsakelig begrepet om offentlig myndighetsutøvelse som har vært belyst. Dette begrepet har ikke vært behandlet i mange saker, men i Case C-2/74, Reyners ga Domstolen noen prinsipielle uttalelser. Saken gjaldt en nederlandsk advokat med doktorgrad i belgisk rett som ble nektet adgang til å prosedere i Belgia fordi han ikke var belgisk statsborger. Den belgiske stat argumenterte blant annet at tjenestereglene ikke kom til anvendelse her fordi rettslig virksomhet kunne betegnes som offentlig myndighetsutøvelse og derfor var beskyttet av unntakshjemmelen i artikkel 32. Til dette uttalte Domstolen i hhv § 45 og § 46 at "The need is fully satisfied when the exclusion of nationals is limited to those activities which, taken on their own, constitute a direct and specific connection with the exercise of official authority. The extension of the exception allowed by the Article 55 to a whole profession would be possible only where such activities were linked to that profession in such a way that freedom of establishment would result in imposing on the member state concerned the obligation to allow the exercise, even occasionally, but non-nationals functioning ..to official authority". Allerede her legger domstolen altså opp til en forholdsvis snever tolkning av 'offentlig myndighetsutøvelse' – begrepet skal ikke omfatte virksomheter som ikke i sin helhet er viet offentlig myndighetsutøvelse – selv om avtaleteksten faktisk sier at unntaket også skal gjelde en avtalepart som "om enn bare leilighetsvis" utøver offentlig myndighet.

Det andre lovbestemt unntaket finner man i artikkel 33. Ifølge artikkelen er forskjellsbehandling av utenlandske tjenesteytere likevel lovlig dersom den er begrunnet i

hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen. Å finne rettspraksis som utdyper hva som ligger i disse tre begrepene er ikke lett; det er langt enklere å finne eksempler på saker hvor domstolen har slått fast at et hensyn nettopp ikke faller inn under artikkel 33. En generell uttalelse gis i Case C-260/89, Ert; her slår domstolen fast at denne regelen skal anvendes med varsomhet: ” It follows from article 56, *which must be interpreted strictly*,” (min utheving). Domstolen legger altså opp til en snever tolkning av artikkel 33, og som nevnt er det vanskelig å finne rettspraksis hvor en restriksjon er godtatt med denne hjemmelen.

Det kan være verdt å merke seg at dersom et område er regulert av fellesskapsretten, enten ved et direktiv eller annen sekundærlovgivning, kan medlemslandene ikke anvende artikkel 33 innen dette feltet. Så lenge tilbyderne overholder reglene i sekundærlovgivningen kan vertslandet ikke gjøre egen lovgivning gjeldende over for tilbydere etablert i andre medlemsland. Riktignok kan dette gi såkalt omvendt diskriminering; hjemlandet tilbydere får vanskeligere vilkår enn andre medlemslands, men denne typen forskjellsbehandling er lovlig innenfor fellesskapsretten.

I sum kan man kanskje si at når det gjelder de lovbestemte unntakene legger domstolen opp til at disse reglene skal anvendes med varsomhet. I begge de ovennevnte dommene fastslås det at reglene skal tolkes restriktivt, og domstolen har også i liten grad anvendt disse unntakshjemlene.

3.4.1.2 Direktivforslaget

I følge de lovbestemte unntakshjemlene i EØS-avtalen artikkel 32 og 33 er en restriksjon lovlig dersom den er begrunnet i offentlig myndighetsutøvelse, orden, sikkerhet eller folkehelsen. Direktivforslaget har ingen artikler som viser til disse hensynene for å begrunne en tillatelsesordning eller et krav, og heller ikke de rettslige kommentarene til artiklene nevner hensynene. At hensynene ikke er nevnt kan forstås slik at disse unntakshjemlene ikke lenger kan anvendes ved tillatelser og krav dersom forslaget vedtas. Legges dette til grunn innebærer direktivforslaget i hvert fall tilsynelatende en radikal

endring av gjeldende rett, ettersom det setter til side en lovbestemt unntaksbestemmelse. På den andre siden er den reelle endringen kanskje ikke så stor. Som nevnt i avsnittet over er det svært vanskelig å finne rettspraksis hvor domstolen har anerkjent en restriksjon med hjemmel i artikkel 32 eller artikkel 33. Tvert imot har domstolen uttalt at disse reglene skal anvendes med varsomhet⁹, slik at i praksis er endringen i rettstilstanden langt mindre enn en ordrett tolkning av artikkel 32 og 33 skulle tilsi. Likevel er det verdt å merke seg at direktivforslaget setter til side en traktatfestet unntaksregel.

3.4.1.3 Direktivforslaget av 4.4 2006

I direktivforslaget fra 2006 listes offentlig orden, myndighet, sikkerhet og folkehelse som et beskyttelsesverdig allment hensyn (artikkel 4, punkt 7a). Dette tilsier at disse hensynene fremdeles kan begrunne en tillatelsesordning eller et krav, og disse hensynene tilsidesettes ikke i det nye forslaget. Dette er en vesentlig endring i forhold til forslaget fra 2004, ettersom dette ikke har noen henvisning til at offentlig orden etc. kan begrunne en tillatelsesordning eller et krav.

3.4.2 Domstolskapte unntak – allmenne hensyn

3.4.2.1 Gjeldende rett

Allerede på 1970-tallet så domstolen et behov for å godkjenne flere restriksjoner enn dem som kunne hjemles i artikkel 32 og 33, og i Case C-33/74, Van Binsbergen, brukes for første gang uttrykket 'general good' for å begrunne lovligheten av en restriksjon. I § 12 heter det: "However, taking into account the particular nature of the services to be provided, specific requirements imposed on the persons providing the service cannot be considered incompatible with the treaty where they have as their purpose the application of professional rules justified by the *general good*." (min utheving). I en nyere dom – riktignok innen varehandelen -, Case C-120/78, Cassis de Dijon, brukes begrepet 'public interest' på samme måte for å begrunne en restriksjon. Senere har domstolen ofte henvist til

⁹ Case C-2/74, Reyners, Case C-260/89, Ert.

disse begrepene, og mange nasjonale restriksjoner har blitt godkjent med begrunnelse i allmenne hensyn (general good / public interest). Dette avsnittet refererer rettspraksis for å vise hvilke hensyn domstolen så langt har godkjent. Fremstillingen er ingen uttømmende oversikt, men jeg prøver likevel å gi et noenlunde fullstendig bilde av hvor ulike interesseområder som så langt har falt inn under begrepet.

Hensynet til effektiv rettsutøvelse er nevnt i flere dommer. I Case C-3/95 Reiseburo Broede, § 36 heter det: "...does not preclude legislative provisions such as those at issue in the main proceedings from being regarded as justified in the general interest on the ground that they protect creditors or safeguard the sound administration of justice ...". Her sier altså domstolen at rettslige restriksjoner, 'legislative provisions', ikke er utelukket fra å være begrunnet i det allmenne hensynet effektiv rettsutøvelse, 'administration of justice'. Også i tidligere dommer har dette hensynet vært fremholdt. I Case C-33/74, Van Binsbergen, uttalte domstolen "the requirement that persons whose functions are to assist the administration of justice must be permanently established... within the jurisdiction of certain courts .. cannot be considered incompatible with the provisions of Articles 59 and 60 ..". Domstolen sier at restriksjoner ved rettsutøvelse ikke er i strid med reglene i artikkel 59 og 60 (49 og 50 i dag), og skaper vel dermed en ny unntakshjemmel siden rettslige hensyn ikke er nevnt i noen av de lovfestede unntaksreglene (artikkel 32 og 33).

Likeens har hensynet til beskyttelse av tjenestemottakere, kreditorer, arbeidstakere, forbrukere og yrkesetikk vært godtatt som allmenne hensyn. Sitatet over fra Reiseburo Broede viser at kreditorbeskyttelse ansees som et allment hensyn, og at beskyttelse av tjenestemottakere også er anerkjent fremgår av Case C-76/90, Denemeyer, § 17: "It should next be stated that the public interest in the protection of the recipients of the services in question against such harm justifies a restriction of the freedom to provide services". Forbrukerbeskyttelse er nevnt i flere dommer, blant annet i Case C-288/89, Mediawet, § 27: "Such restrictions may be imposed in order to protect consumers against excessive advertising", og i Case C-180/89, Tourist Guides, § 20 heter det: "The general interest in consumer protection and in the conservation of the national historical and

artistic heritage can constitute an overriding reason justifying a restriction on the freedom to provide services.” Også hensynet til arbeidstakere er i mange dommer nevnt som et beskyttelsesverdig allment hensyn. I Case C-272/94, *Guiot/Climatec*, § 20 uttaler domstolen: ”Since social protection of workers constitutes the only consideration of public interest capable of justifying restrictions on the freedom to provide services.” Likeens er også yrkesetikk karakterisert som et allment hensyn i flere dommer, blant annet heter det i Case C-288/89, *Mediawet*, § 14: ”In this respect, the overriding reasons relating to the public interest which the Court has already recognised include professional rules”.

Innenfor det kulturelle og vitenskapelige området har domstolen anerkjent kulturpolitikk, historisk og kunstnerisk arv og opphavsrett til kunstverk som lovlige restriksjoner. Kunstnerisk og historisk arv er nevnt i sitatet over fra Case C-272/94, *Guiot/Climatec*, § 20, mens kulturpolitikk er nevnt i flere dommer. I Case C-288/89, *Mediawet*, § 22 heter det: ”A cultural policy understood in that sense may indeed constitute an overriding requirement relating to the general interest which justifies a restriction on the freedom to provide services.” Likeens slår domstolen fast i Case C-23/93 *TV10*, § 19, ”cultural policy objectives are objectives of general interest which a Member State may lawfully pursue”. Om beskyttelse av opphavsrett heter det i Case C-62/79, *Coditel*, § 15: ”Whilst Article 59 ... prohibits restrictions upon freedom to provide services, it does not thereby encompass limits upon the exercise of certain economic activities which have their origin in the application of national legislation for the protection of intellectual property”.

Avslutningsvis kan det nevnes at også veisikkerhet¹⁰, hensynet til et godt omdømme for finanssektoren¹¹ og hensynet til meningsmangfold¹² er karakterisert som allmenne hensyn.

På samme måte som med de lovfestede unntaksreglene kan medlemslandene ikke vise til denne hjemmelen på områder som er regulert av fellesskapsretten. Finnes det

¹⁰ Case C-55/93 *Van Schaik*, § 19 og § 22

¹¹ Case C-384/93, *Alpine Investments*, § 44 og § 49

¹² Case C-23/93, *TV10* § 24 og § 25

sekundærlovgivning innen et felt, og tilbyderne overholder disse reglene, kan nasjonal lovgivning i vertslandet ikke anvendes overfor tilbydere fra andre medlemsland.

Som avsnittet over viser har domstolen anerkjent et vidt spekter av nasjonale ordninger som lovlige ved å vise til allmenne hensyn. Listen over hensyn domstolen har karakterisert som klart uakseptable er langt kortere, og det er i hovedsak to hensyn som fremheves. For det første kan rene økonomiske hensyn ikke godtas. I Case C-484/93 Svensson, Gustavsson § 15 heter det "Such discriminations can only be justified on the general interest grounds referred to in article 56(1)... and which do not include economic aims.". Tilsvarende i Case C-288/89 Mediawest § 11: "It also appears from the judgement that economic aims cannot constitute grounds of public policy." Det andre hensynet domstolen har underkjent er administrative hensyn, eller hensyn til effektiv saksbehandling. I Case C-205/84 Commision/Germany § 24 sier domstolen "that consideration of an administrative nature cannot justify derogation by a member state from the rules of Community law".

En oppsummerende kommentar kan være at mens domstolen i liten grad har anvendt de lovbestemte unntakene i artikkel 32 og 33, har den i langt større grad brukt den domstolsskapte hjemmelen 'allmenne hensyn'. Og mens den har slått fast at så vel artikkel 32 som artikkel 33 skal anvendes restriktivt, har allmenne hensyn heller vært brukt utvidende: svært mange interesser har vært karakterisert som et allment hensyn. Her kan man kanskje argumentere at ser man til ordlyden er ikke dette overraskende: mens 'utøvelse av offentlig myndighet' og 'offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen' er forholdsvis konkrete, er 'allmenne hensyn' i langt større grad et generelt begrep som må fylles av rettspraksis. Likevel er forskjellen i bruk slående, og også 'utøvelse av offentlig myndighet' og 'offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen' er i utgangspunktet begreper som gir domstolen mulighet til fleksibilitet og utdyping.

I tillegg til å være begrunnet enten i allmenne hensyn, artikkel 32 eller 33 må en lovlig restriksjon tilfredsstille fellesskapsrettens krav til å være ikke-diskriminerende og til å være i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet. I det første ligger det at restriksjonen ikke skal

direkte eller indirekte forskjellsbehandle tjenesteytere på grunnlag av nasjonalitet. I det andre – proporsjonalitetshensynet – ligger det at restriksjonen må stå i forhold til verdien av hensynet den ønsker å ivareta. Jo mer inngripende en restriksjon er, desto større er altså kravet til hensynet den skal beskytte. Prinsippet er ikke lovfestet, men domstolen har i flere saker underkjent nasjonale særordninger med henvisning til at ordningen er for omfattende i forholdet til interessene den skal verne. Et eksempel er Case C-180/89, *Tourist Guides*, § 24: "It follows that in the view of the scale of the restrictions it imposes, the legislation in issue is disproportionate in relation to the objective pursued, namely the conservation of historical and artistic heritage".

3.4.2.2 Direktivforslaget

3.4.2.2.1 Tillatelser

Som nevnt inneholder ikke direktivforslaget et generelt forbud mot tillatelsesordninger, men i artikkel 9 og artikkel 10 angis det hvilke betingelser en tillatelsesordning må innfri for å være lovlig. Disse kriteriene utdypes i de rettslige kommentarene (27) til (34). I artikkel 10 heter det at tillatelsen må være ikke-diskriminerende (a), objektivt begrunnet i et tvingende allment hensyn (b) og at den må være avpasset etter det tvingende allmenne hensynet (c). I utgangspunktet ser ikke disse reglene ut til å introdusere noe nytt: punkt (a) henviser til ikke-diskrimineringsprinsippet og punkt (c) til proporsjonalitetsprinsippet. Begge disse prinsippene gjelder ved anvendelsen av dagens regler, og representerer slik sett ingen nyskapning i rettstilstanden. Heller ikke punkt (b) skiller seg vesentlig fra gjeldende rett. Her henvises det til begrepet 'allmenne hensyn', men riktignok kreves det at restriksjonen skal objektivt begrunnes i et *tvingende* allment hensyn. Ordet *tvingende* er således nytt og kan muligens signalisere en innsnevring i anvendelsen av begrepet. 'Tvingende' gir inntrykk av at det skal sterke grunner til før man kan påberope seg et allment hensyn, og ordlyden signaliserer i hvert fall en restriktiv tolkning av begrepet. I motsatt retning kan man riktignok hevde at heller ikke dette er noe nytt: Domstolen har i flere dommer slått fast unntaksreglene skal generelt anvendes med varsomhet¹³, og

¹³ Case C-260/89, Ert

dessuten har formuleringen *tvingende* (mandatory) allmenne hensyn allerede vært brukt i enkelte dommer.

Også i de rettslige kommentarene er 'tvingende allmenne hensyn' brukt, og her nevnes flere steder eksempler på hva som anses som et 'tvingende allment hensyn'. I (24) nevnes beskyttelse av arbeidstakere, i (32) beskyttelse av bymiljøet, mens det i kommentar (29) sies direkte at man med tvingende allmenne hensyn mener de hensyn som anerkjennes i domstolens rettspraksis, da særlig beskyttelse av forbrukere, tjenestemottakere, arbeidstakere og bymiljøet. Selv om kommentarene i eksemplene viser til færre hensyn enn dem som er nevnt i tidligere praksis, er det likevel vanskelig å konkludere at forslaget faktisk vil gi en innsnevring av hva som er en lovlig restriksjon: All den tid kommentar (29) henviser til tidligere rettspraksis er hovedinntrykket at gjeldende rett vil videreføres.

Et annet spørsmål er hvorvidt man med rettspraksis mener rettspraksis slik den er på det tidspunktet forslaget vedtas eller om domstolen skal kunne fortsette å definere hva som ansees som et allment hensyn. Direktivforslaget sier heller ingenting om dette. Kan hende skal dette tolkes slik at idet forslaget vedtas fryses rettstilstanden og dermed begrepet allmenne hensyn på dagens nivå. På den andre siden kan det faktum at direktivet ikke sier noe om dette tolkes slik at det bli opp til domstolen selv å avgjøre dette. Dessuten har det tidligere vært vedtatt flere direktiver innen tjenestelovgivningen, og ingen av disse har begrenset domstolens mulighet til å videreutvikle definisjonen av 'allmenne hensyn'. I sum fremstår det derfor som mest sannsynlig at definisjonen ikke fryses på dagens nivå, men helt sikker kan man ikke være før man ser hvordan rettspraksis utvikler seg.

3.4.2.2.2 Direktivforslaget av 4.4 2006

I forslaget fra april 2006 er artikkel 9 i hovedsak uendret. Riktignok er det i punkt 2 tatt med et krav om at medlemslandene skal begrunne (give reasons) hvorfor en tillatelsesordning etterkommer kravene i artikkelen, men ellers er ordlyden identisk med forslaget fra 2004. Også i artikkel 10 er endringene små, og den viktigste tilføyelsen er i

punkt 7 hvor det heter at artikkelen ikke skal sette spørsmål ved medlemslandenes kompetanse til å utstede tillatelsesordninger.

Men en viktig endring i forhold til unntaksreglene for tillatelser og krav er at det nye forslaget definerer allmenne hensyn (public interests) i selve forslaget, nemlig i artikkel 4, punkt 7a. Denne definisjonen viser til rettspraksis (som forslaget fra 2004), men i tillegg lister den langt flere hensyn enn dem som ble nevnt i det tidligere forslaget. Dessuten inkluderer definisjonen også 'public security', 'public policy', 'public health' og 'public safety'. Dette er hensynene fra de lovbestemte unntaksreglene i selve EU-traktaten, noe som tilsier at disse hensynene fremdeles skal kunne begrunne en tillatelsesordning.

I sum kan man si at med det nye direktivforslaget avklares mange av spørsmålene som ble formulert i avsnittet over, og 2006-forslaget legger opp til en videreføring av gjeldende rett.

3.4.2.2.3 Krav

Heller ikke krav er i utgangspunktet en ulovlig restriksjon, men i artikkel 14 listes kriterier et krav må tilfredsstille for å være lovlig. I punkt 1 heter det at kravet verken direkte eller indirekte må diskriminere tjenesteytere på bakgrunn av nasjonalitet. Denne regelen er ingen nyskaping, den formulerer bare det gjeldende ikke-diskrimineringsprinsippet. I henhold til punkt 2 kan man ikke forby tjenesteyterne å være etablert i flere land eller å være medlem i flere faglige foreninger, mens punkt 3 gir tilbyderer rett til selv å velge hovedforretningssted. Medlemslandene kan heller ikke gjøre tilgangen til markedet betinget av at det kan påvises etterspørsel etter produktet (punkt 5), og konkurrerende virksomheter kan ikke påvirke en tillatelsestildeling med for eksempel rådgivende virksomhet. Punkt 7 gjør det forbudt å kreve finansiell sikkerhet i et selskap etablert på vertslandets område, og punkt 8 forbyr krav om at tilbyderer skal være opptatt i et register på vertslandets område.

Reglene om krav er altså utformet uten en generell forbudsregel og uten en generell unntakshjemmel. I stedet lister direktivforslaget hvilke typer krav som er ulovlige. Et

nærliggende spørsmål er derfor om listen er ment å være uttømmende. At punktene er såpass konkret utformet som de er tilsier at listen skal være komplett; artikkelen inneholder få eller ingen generelle formuleringer som trenger utdyping gjennom rettspraksis.

Et annet spørsmål er hvorvidt et krav i artikkel 14 likevel kan være lovlig dersom det begrunnes med allmenne hensyn. At denne unntakshjemmelen ikke er nevnt i artikkelen taler for at denne unntakshjemmelen ikke kommer til anvendelse her, slik at disse forbudene er absolutte. Dermed kan artikkelen stride mot gjeldende rett ettersom man kan tenke seg at flere av disse kravene kan begrunnes i et tidligere godtatt allment hensyn. For eksempel kan forbudet i punkt 8 om å kreve registrering i et register på vertslandets område komme i konflikt med de allmenne hensynene til forbruker- og kreditorvern som er nevnt i tidligere rettspraksis¹⁴: Et medlemslands mulighet til å verne seg mot tilbydere som gjentatte ganger har gått konkurs og dermed påført kunder og kreditorer betydelige tap, vil dermed reduseres - ettersom man ikke kan registrere tilbydere i et konkursregister på eget område. På dette punktet representerer forslaget en endring av gjeldende rett.

Direktivforslagets artikkel 15 lister krav medlemslandene skal evaluere for å avgjøre om de er lovlige. Punkt 2 lister hvilke typer krav som skal vurderes, mens punkt 3 angir hvilke kriterier man skal bruke i vurderingen. Også her er det ikke-diskrimineringsprinsippet (art. 15, punkt 3, a), tvingende allmenne hensyn (art.15, punkt 3, b) og proporsjonalitetsprinsippet (art.15, punkt 3, c) som skal anvendes. Unntaksreglene er altså de samme som for tillatelser som er drøftet i avsnittet om tillatelser, og som for tillatelser blir vel hovedkonklusjonen at gjeldende rett videreføres.

3.4.2.2.4 Direktivforslaget av 4.4 2006

Også artikkel 14 er i hovedtrekk uendret i det nye forslaget, men forbudene mot å kreve finansiell sikkerhet (punkt 7) og opptak i et register på medlemsområdet (punkt 8) modereres. I punkt 7 heter det at forbudet ikke reduserer medlemslandenes mulighet til å

¹⁴ Case C-76/90, Denemeyer, Case C-180/89, Tourist Guides

kreve finansiell sikkerhet som sådan og påvirker heller ikke muligheten til å kreve deltakelse i et kollektivt kompensasjonsfond. Punkt 8 er endret til et forbud mot å være *forhåndsregistrert* før man kan tilby tjenesten slik at å kreve opptak i register på medlemslandenes område ikke er forbudt i det nye forslaget.

3.4.3 Innsnevres lovlige restriksjoner med direktivforslaget – sammenfatning

Mens hovedreglene i direktivforslaget omkring tillatelser og krav i stor grad er en videreføring av gjeldende rett, innsnevres unntaksreglene. Forslaget har ingen henvisninger til de lovbestemte unntaksreglene i EØS-artikkel 32 og 33, noe som vel må tolkes dit at disse hjemlene ikke lenger kan brukes for å begrunne en tillatelse eller et krav. I forhold til de lovfestede reglene er dette en radikal endring, men ser man til rettspraksis er endringen kanskje likevel ikke så stor. Domstolen har tidligere slått fast at disse reglene skal anvendes med varsomhet¹⁵, og det er vanskelig å finne dommer hvor artikkel 32 eller artikkel 33 har blitt brukt til å begrunne lovligheten av en tillatelse eller et krav. I praksis er endringen kanskje derfor mer moderat enn man først kan få inntrykk av, selv om det er verdt å merke seg at direktivforslaget setter til side en unntaksregel nedfelt i EØS-avtalen og i EU-traktaten.

Når det gjelder forholdet til den domstolsskapte unntaksreglen 'allmenne hensyn' er det trolig at gjeldende rett videreføres. Riktignok gir direktivforslaget færre eksempler på allmenne hensyn enn hva man finner i rettspraksis, men samtidig understrekes det flere steder i forslaget at man i anvendelsen av allmenne hensyn skal se til rettspraksis. Dette tilsier vel at dagens regler skal videreføres. Et unntak er trolig bestemmelsene i artikkel 14, hvor det formuleres et absolutt forbud mot enkelte typer krav. For eksempel kan forbudene mot å kreve medlemskap i et register og å stille finansiell sikkerhet komme i konflikt med de allmenne hensyn til kreditor- og forbrukervern som er formulert i rettspraksis.

¹⁵ Case C-260/89, Ert, Case C-2/72, Reyners.

3.5 Opprinnelseslandsprinsippet

3.5.1 Hovedregelen

Den største nyskapningen i direktivforslaget er regelen om opprinnelseslandprinsippet. I korthet går dette prinsippet ut på at en tjenesteyter skal bare måtte forholde seg til regler i etableringslandet, slik at vertsnaasjonen ikke har mulighet til å sette vilkår for eller stille krav til hvordan tjenesten skal tilbys i deres land. I artikkel 16, pkt 1 heter det at ”Medlemstatene påser at tjenesteyderne udelukkende er omfattet af deres oprindelsesmedlemsstats nationale bestemmelser”. I punkt 2 heter det videre at hjemlandet også har ansvaret for kontroll med tjenesteyteren: ”Oprindelsesmedlemsstaten har ansvaret for kontrollen med tjenesteyderen og de tjenesteydelser han udfører, også når han udfører dem i en annen medlemsstat”. I punkt 3 begrenses vertslandets mulighet til å kreve tillatelser og til å stille krav: I punkt 3 b) og 3 e) heter det ”Medlemstaterne kan ikke ... innskranke den frie udveksling af tjenesteydelser, der utføres av en tjenesteyder som er etablert i en annen medlemstat ... ved at stille følgende krav: at tjenesteyderen skal inhendte en tilladelse hos disse eller optages i et register eller faglig forening på deres område.” Videre i e): ”... at tjenesteyderen skal overholde krav for udøvelse af servicevirksomhed som finner sted på deres område”. Her setter direktivforslaget opp en hovedregel som fratar medlemslandene en mulighet til å regulere tjenester som tilbys på deres område når tjenesteyteren er etablert i et annet medlemsland. I avsnittene under drøfter jeg hvordan denne regelen forholder seg til gjeldende rett både når det gjelder både selve EØS-avtalen og rettspraksis.

I EØS-avtalen artikkel 37 siste ledd (EU art. 50) heter det ”Tjenesteyteren kan, i den hensikt å yte tjenesten i en stat, midlertidig utøve sin virksomhet der på *samme vilkår som vedkommende stat fastsetter for sine egne statsborgere*.” (min utheving) Her gis altså tjenesteyteren kun rett til å tilby tjenester på samme vilkår som medlemsstaten har for sine egne tjenesteytere, såfremt disse reglene ikke er diskriminerende. Med direktivforslaget utvides tjenesteyterens rettigheter betraktelig, og medlemsstatenes mulighet til å regulere tilbud av tjenester reduseres tilsvarende: Så lenge tilbyderer overholder reglene i etableringslandet kan vertslandet ikke gjøre sine egne regler gjeldene for overfor

tilbyderen. Vertslandet kan heller ikke føre kontroll med tjenesteytere etablert i andre land (art. 16, punk 2), eller kreve tillatelser og stille krav (art. 16, punkt 3 b og e). Verken EØS-avtalen eller EU-traktaten har regler som forbyr vertsnasjonen å kontrollere eller regulere tilbydere på deres eget område, så i forhold til primærlovgivningen er dette en regel som klart endrer gjeldende rett.

Tatt i betraktning hvor ulike lover de forskjellige medlemslandene i dag har innen tjenesteytelser, er det trolig at denne regelen vil få stor betydning. Prinsippet vil gjøre det svært vanskelig for medlemslandene å bevare egne regler, og vil vel, om enn gradvis, tvinge frem en rettsharmonisering innen medlemsområdet. For eksempel vil tilbydere fra medlemsland hvor myndighetene stiller få eller ingen krav til hvordan en tjeneste skal utføres lett få et konkurransefortrinn fremfor tilbydere i land med flere restriksjoner: Et selskap fra et medlemsland uten krav til arbeidsmiljø vil kunne tilby en tjeneste til en lavere pris enn et selskap etablert i medlemsland med regler om arbeidsmiljø. Også regler som har til hensikt å sikre kvaliteten på tjenesten kan bli vanskelig å opprettholde dersom disse varierer mellom medlemslandene. For eksempel vil lover som krever at tjenesten skal produseres på en angitt måte ikke kunne håndheves overfor tilbydere etablert i andre medlemsland. Å håndheve dem overfor egne tjenesteytere vil vel dermed fremstå som lite fristende, ettersom det lett vil resultere i at disse tilbyderne får dårligere vilkår enn tilbydere fra andre medlemsland.

På den andre siden kan man spørre seg om ikke en slik harmonisering er i tråd med unionens formål og dessuten en forutsetning for fri bevegelse av tjenester. Innen varer har man i dag i hovedsak ensartede produktkrav innen medlemsområdet, og at denne harmoniseringen har stimulert varehandelen i det indre marked er det stor enighet om. En tilsvarende harmonisering innen tjenestelovgivning er vel derfor en konsekvens av ønsket om å få virkeliggjort fri bevegelse også i denne sektoren. Likevel introduserer prinsippet noe vesentlig nytt i fellesskapsretten: medlemslandene mister muligheten til å gjøre siden egen lovgivning gjeldende også på de felter hvor lovgivningen varierer landene i mellom, altså områder som ennå ikke er regulert av fellesskapsretten. Muligheten til å

stille krav og til å kreve tillatelser elimineres altså før det er gjennomført rettsharmonisering i avtaleområdet.

Også domstolen har i flere saker godtatt at medlemslandene gjør sine egne regler gjeldene for overfor en tjenesteyter etablert i et annet land. Riktignok har den også tillatt at vertsregler har blitt satt til side, men da har den satt som betingelse at reglene i etableringslandet og vertslandet er forholdsvis like. Slik kan man si at opprinnelseslandsprinsippet allerede er anvendt i rettspraksis, men da under forutsetning av at det eksisterer en rettsharmonisering mellom opprinnelseslandet og vertsnasjonen. I avsnittet under prøver jeg ved hjelp av rettspraksis å belyse domstolens holdning til problemstillingen.

En viktig dom innen arbeidslovgivningen er Case C-113/89, Rush Portuguesa. Saken gjaldt et portugisisk selskap som utførte veibyggingsarbeid i Frankrike, og arbeidet ble i hovedsak utført av portugisiske arbeidere. Franske myndigheter prøvde å stoppe foretaket med administrative bestemmelser, og argumenterte dessuten at de lave minimumslønningene i Portugal ville gi sosial dumping. Rush Portuguesa anla sak, og selskapet vant frem: Domstolen ga det medhold i at det med hjemmel i reglene om fri bevegelighet av tjenester kunne utføre arbeid i Frankrike. Men i et obiter dictum kommenterer den hvorvidt Frankrike likevel kan gjøre sin egen arbeidslovgivning gjeldende. I § 18 heter det: "Finally, it should be stated, in response to the concern expressed in this connection by the Government, that Community law does not preclude Member States *from extending their legislation, or collective labour agreements entered into both side of industry, to any person who is employed, even temporarily, within their territory, no matter in which country the employer is established.*" (min utheving). Her fastslår altså domstolen klart – riktignok i en sidekommentar - at fellesskapsretten ikke er til hinder for at vertslandet kan anvende egne arbeidsrettsregler overfor tilbydere på deres område som er etablert i et annet medlemsland.

Case C-43/93, Vander Elst gjaldt et belgisk selskap som tilbød tjenester i Frankrike. Storparten av de ansatte var marokkanske statsborgere med arbeidstillatelse i Belgia men ikke i Frankrike. Frankrike hevdet at også fransk arbeidstillatelse var nødvendig dersom marokkanerne skulle utføre tjenesten i Frankrike. Domstolen ga ikke Frankrike medhold, men den stilte på ingen måte opp en generell regel om ikke å anvende vertsnasjonens regler. Tvert imot begrunner den dommen med likheten i fransk og belgisk regelverk, og denne likheten er langt på vei en betingelse for at franske krav kan settes til side. § 25: "As the Advocate General has rightly observed in paragraph 30 of his Opinion, irrespective of the possibility of applying national rules of public policy governing the various aspects of the employment relationship to workers sent temporarily to France, the application of the Belgium system in any event excludes any substantial risk of workers being exploited or of competition between undertakings being distorted." Fordi belgisk lovgivning gir arbeidstakerne samme beskyttelse som den franske, kan franske regler settes til side.

Også i Case C-272/94, Guiot/Climatec og anvender domstolen en lignende begrunnelse. Guiot/Climatec var et luxemburgsk selskap som tilbød tjenester i Belgia, og spørsmålet var om det luxemburgske selskapet også måtte betale arbeidsgiveravgift i Belgia. Her slo domstolen fast at et slik krav var berettiget bare dersom selskapet ikke betalte arbeidsgiveravgift i Luxemburg, eller luxemburgsk lovgiving ga arbeidstakerne dårligere beskyttelse enn belgisk. § 20: "It appears that although the Luxembourg legislation differs from the Belgium legislation, in particular as regards the percentage of the premiums and the procedure for their payments, *they both provide mechanisms intended, on the one hand, to protect workers*" (min utheving). Også her er begrunnelsen for at vertslandets regler kan settes tilside at også hjemlandet regler verner det allmenne hensynet, her beskyttelse av arbeidstakere.

Case C-376/96, Arblade, gjaldt et fransk selskap som utførte tjenester i Belgia. Spørsmålet var hvorvidt belgiske regler om minstelønn fikk anvendelse for de franske tjenesteyterne. Domstolen konkluderte her at belgiske – altså vertslandets - regler skulle gjelde. I begrunnelsen (§ 20) viste den til uttalelsen fra Case C-113/89, Rush Portuguesa, § 18, som

er nevnt over. Her bruker den altså et obiter dictum fra en tidligere dom for å begrunne at vertslandet kan gjøre egen lovgivning gjeldende.

Kan hende er det verdt å merke seg rekkefølgen til disse dommene. Den eldste av dem er Rush Portuguesa, og her tar domstolen ingen forbehold for at vertslandet kan bruke sin egen arbeidslovgivning overfor tilbydere fra andre medlemsland. I de to nyere dommene Vander Elst og Guiot/Climatec modereres dette, og det formuleres et krav for å kunne anvende egen lovgiving: hjemlandets lovgiving må unnlate å verne det allmenne hensynet. En mulig slutning er at man her ser en utvikling mot en mer betinget mulighet for å regulere andre lands tilbydere og en sterkere vektlegging av felleskapsretten. Og i Case C-106/91, Claus Ramrath, sier domstolen dessuten at en nasjonal restriksjon kan bare tillates dersom "that interest is not already safeguarded by the rules of the State where the Community national is established." (§ 31). På den andre siden tillot domstolen Belgia å bruke egne regler om minstelønn i den nyeste dommen, Arblade, og dette til tross for at begge land hadde regler om minstelønn, så noen entydig utvikling er vanskelig å spore.

Men kan hende er Arblade likevel i tråd med utviklingen: Å tillate utenlandske selskaper å ha lavere lønn enn den fastsatte minstelønnen vil ramme vertslandets reelle mulighet til å håndheve denne regelen også overfor egne tilbydere. Et reelt vern av minstelønnen krever vel at den også håndheves overfor selskaper etablert i andre land.

I sum kan man si at domstolen i noen dommer formulerer et kriterium for å kunne anvende opprinnelseslandprinsippet: en restriksjon som overfor vertslandets egne innbyggere kan begrunnes i allmenne hensyn vil likevel være ulovlig overfor tilbydere fra andre land dersom hjemlandets regler også tar hensyn til det aktuelle allmenne hensynet: I Guiot/Climatec og Vander Elst kreves det at reglene i etableringslandet og vertslandet bør være forholdsvis like eller ha den samme grad av beskyttelse av arbeidstakere for at vertsreglene skal kunne settes til side. Opprinnelseslandsprinsippet er dermed allerede brukt i rettspraksis, og regelen som sådan er vel ingen nyskapning. Men forslaget ville likevel gi en til dels radikal endring av gjeldende rett. I forslaget stilles det ingen

betingelser for å kunne anvende regelen: den skal gjelde uavhengig av om lovene er ensartede i vertslandet og etableringslandet.

3.5.2 Unntaksreglene

I likhet med reglene om tillatelser og krav har direktivforslaget unntakshjemler for opprinnelseslandsprinsippet. Disse er formulert i artikkel 17, 18 og 19. Artikkel 17 lister spesielle virksomheter som skal unntas, artikkel 18 angir midlertidige unntakelser, mens artikkel 19 er unntak hjemlet i hensynet til folkesundheten, offentlig orden og beskyttelse av mindreårige.

3.5.2.1 Virksomheter som unntas

Virksomheter som skal unntas fra prinsippet er posttjenester (art. 17, punkt 1), elektrisitetsdistribusjon (art. 17, pkt 2), gassdistribusjon (art.17, punkt 3) vanddistribusjon (art. 17, pkt 4), utstasjonering av tredjelandborgere (art. 17, pkt 11), opphavsrett og beslektede rettigheter (art 17, pkt 13), virksomheter som krever medvirkning av en notar, (art. 17, punkt 14), revisjon av regnskaper, (art 17, punkt 15), tillatelse for å få godtgjørelse av sykehusbehandling, (art. 17, punkt 18), registrering av kjøretøyer, (art. 17, punkt 19), valg av lovregler i kontrakt, (art. 17, punkt 20) og regler om tjenesteyterens erstatningsansvar utenfor kontrakt (art 17, punkt 23).

Også virksomheter som er omfattet av enkelte andre direktiver skal unntas. Dette gjelder direktiv 96/71/EF om utstasjonering av arbeidstakere, direktiv 95/46/EF om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med personopplysninger, direktiv 77/249/EØF om advokaters mulighet for å utføre tjenester, direktiv om anerkjennelse av ervervsmessige kvalifikasjoner, direktiv om borgernes rett til å oppholde og bevege seg på medlemsområdet, EØF nr 1612/68 og tillatelsesordninger i rådets forordning nr 259/93. Av disse kan det være særlig grunn til å merke seg at direktiv 96/71/EF om utstasjonering av arbeidstakere er unntatt. Mye av diskusjonen om opprinnelseslandsprinsippet har kretset rundt arbeidsrettslige spørsmål, og det til tross for at dette direktivet er unntatt. Hvordan de

arbeidsrettslige regler blir berørt av direktivforslaget, og særlig avgrensingen mot reglene i direktiv 96/71/EF går jeg nærmere inn på i kapittel 4.

I tillegg har direktivforslaget regler om midlertidige unntakelser til prinsippet. Disse unntakene er nedfelt i artikkel 18, og de aktuelle virksomhetene er pengetransport, spill, lotteri, veddemål og rettslig inkasso. Med midlertidig menes her at prinsippet ikke skal gjelde i en overgangsperiode (art. 18, punkt1) inntil harmoniseringen omtalt i artikkel 40 er innført. I artikkel 40 heter det at kommisjonen skal undersøke muligheten for å fremsette forslag til harmoniseringsinstrumenter på disse områdene. Her tar altså direktivforslaget hensyn til at reglene på området ennå ikke er samkjørte, og fastslår at opprinnelseslandsprinsippet ikke skal gjelde før feltene er regulert av fellesskapsretten.

3.5.2.2 Generelle unntaksregler

De generelle unntaksreglene finner man i artikkel 17 og artikkel 19. I artikkel 17, punkt 16, heter det ”Artikkel 16 finner ikke anvendelse på: tjenesteydelser, der i den medlemstat, som tjenesteyderen begiver seg til for at utføre en tjenesteydelse, er omfattet af et generelt forbud begrunnet i hensynet til den offentlige orden, den offentlige sikkerhed eller folkesundheten.” Her formuleres det altså en unntakshjemmel som må være begrunnet i offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkesundheten og ordlyden her er nesten identisk med den lovfestede unntakshjemmelen i EØS-avtalen artikkel 33 (EU art. 46). Verken artikkelen eller de neste artiklene inneholder utdypning av hvordan man skal tolke begrepene ’offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkesundheten’. Heller ikke de rettslige kommentarene gir noen veiledning her, og i motsetning til unntaksreglene for tillatelser og krav er det ingen referanse til rettspraksis. Rettslig kommentar (40) angir derimot når denne unntakshjemmelen kan anvendes. Her heter det at ”I særdeleshed må disse undtagelser kun finde anvendelse af årsager der vedrører sikkerheden i forbindelser med tjenesteydelser, ... og *kun hvis de nationale bestemmelser på dette området ikke er harmoniserede*’ (min utheving). Her viderføres altså prinsippet fra senere rettspraksis om at vertslandets regler bare kan tilsidesettes dersom verts- og etableringsland har like regler på området (Vander Elst, Guiot / Climatec). På samme måte modereres utsagnet fra Rush

Portugesa om at felleskapsretten uansett ikke er til hinder for å anvende egne regler: forslaget stiller opp et krav om manglende harmonisering for å kunne anvende unntakshjemlen i art. 17. Det er vel dermed vanskelig å ikke konkludere at fellesskapsreglene med dette får en langt større utbredelse enn tidligere, og på sett og vis kan man vel si at forslaget er en forlengelse av en trend man har sett i rettspraksis: å regulere tilbydere fra andre medlemsland kan kun forsvares når rettsreglene er ulike. Skal man i tillegg legge domstolens tolkning av 'offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkesundheten' til grunn er det klart at denne unntaksregelen får et snevert anvendelsesområde. I Case C-260/89, Ert, slo domstolen fast at unntaksregelen i artikkel 33 ('offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkesundheten') skal brukes med varsomhet.

I artikkel 17, punkt 17, heter det videre at "Artikkel 16 finner ikke anvendelse på de særlige krav, der stilles af den medlemsstat, som tjenesteyderen begiver seg til, og som er direkte forbundet med de særlige kjendetegn ved det sted, hvor tjenesteydelsen udføres, og som skal overholdes for at sikre opretholdelsen af den offentlige orden og sikkerhed og beskyttelsen av folkesundheten og miljøet". Her er det altså særlige kjennetegn ved et sted som kan begrunne en unntaksbestemmelse, forutsatt at unntaksbestemmelsen skal sikre offentlig orden og sikkerhet, folkesundhet og miljøet. I utgangspunktet er vel dette egentlig bare et særtilfelle av unntakshjemmelen i punkt 16 – bortsett fra at i dette punktet er også hensynet til miljøet tatt med.

Ettersom dette er den eneste unntakshjemmelen som never miljøhensyn, kunne det være interessant å vite hva som skal til før kravet om "særlige kjendetegn ved det sted" er innfridd. Ingen av artiklene gir veiledning her, og heller ikke den rettslige kommentaren (43) til artikkelen går inn på dette. Ordlyden "særlige kjendetegn" gir inntrykk av at det stilles sterke krav for å bruke hjemmelen, og at den er tiltenkt områder som har en natur som er spesielt sårbar, slik som for eksempel nordområdene. Lite tyder altså på at artikkelen er en generell hjemmel for å sette opprinnelseslandsprinsippet til side av hensyn til miljøet, tvert imot tyder ordene 'særlige kjennetegn' på at det skal spesielle naturgitte forhold til for å anvende hjemmelen. Siden medlemslandenes lover i dag på mange

områder tar ulike hensyn til vern av miljøet, kan man se for seg at de overfor tjenesteytere etablert i andre land får en redusert mulighet til å ta hensyn til miljøet dersom prinsippet innføres.

Også artikkel 19 er en generell unntakshjemmel. Punkt 1 formulerer selve unntaksregelen, mens punkt 2 og 3 er kriterier unntaksbestemmelsen må innfri for å være lovlig. I punkt 1 heter det at ”Uansett artikkel 16 kan en medlemsstat over for en tjenesteyder, som har sitt forretningssted i en annen medlemsstat, undtagelsesvis træffe en foranstaltning vedrørende et af følgende områder: a) sikkerheden i forbindelse med tjenesteydelser, herunder aspekter, der vedrører folkesundhet, b) udøvelsen af et erhverv i sundhedssektoren (engelsk health profession, min kommentar), c) beskyttelsen af den offentlige orden, navnlig aspekter, der vedrører beskyttelse af mindreårige.” Også denne regelen minner mye om unntaksbestemmelsen i EØS-avtalen artikkel 33, nemlig hensynet til offentlig orden, sikkerhet og folkesundheten. I tillegg understrekes det at særlig hensynet til mindreårige kan begrunne en unntaksbestemmelse, og dessuten at virksomheter i helsesektoren er unntatt prinsippet. Heller ikke her gir etterfølgende artikler eller rettslige kommentarer noen veiledning i hvordan offentlig orden, sikkerhet eller folkehelsen skal tolkes, og det nærliggende blir vel også her å se til hvordan rettspaksis har anvendt disse begrepene. Som nevnt legger domstolen her opp til en forholdsvis snever tolkning av dem, jmf Case C-260/89, Ert.

I punkt 2 oppstilles det betingelser unntaksbestemmelsene må innfri for å være lovlige. Punkt 2, a): ”de nationale bestemmelser, i henhold til hvilke foranstaltningen træffes, er ikke omfattet af en harmonisering på fællesskapsplan”. Som for unntakene i artikkel 17 kreves det altså at rettsreglene på området ikke er harmonisert for at unntaksbestemmelsen skal kunne anvendes. I tillegg kreves det – som tidligere – at den nasjonale bestemmelsen overholder proporsjonalitetsprinsippet (punkt 2, d), og at hensynet er svakt vernet i hjemlandets egen lovgivning (punkt 2, c).

I motsetning til unntaksreglene for tillatelser og krav har unntaksreglene for opprinnelseslandsprinsippet ingen henvisning til allmenne hensyn eller rettspraksis. Det tilsier vel at denne hjemmelen ikke kan brukes for å stille krav til eller kreve tillatelser fra tjenesteytere etablert i andre medlemsland. I så tilfelle er dette en vesentlig endring av gjeldende rett. Tatt i betraktning at det hovedsakelig er denne unntakshjemmelen domstolen har brukt for å erklære en restriksjon som lovlig, er det klart at dette er en reduksjon av de enkelte medlemslands mulighet til å regulere og påvirke tilbudet av tjenester på deres område. Dette får særlig konsekvenser på områder hvor medlemslandenes lover varierer og ikke har samme grad av beskyttelse. Tidligere har domstolen karakterisert forbrukervern, kreditorvern og faglige rettigheter som allmenne hensyn, og ettersom ingen av unntakshjemlene viser til disse hensynene er det mulig at de i hvert fall i en overgangsperiode vil bli dårligere vernet.

Direktivforslaget går heller ikke inn på hvilke regler som skal gjelde dersom en bedrift etablerer seg i et naboland utelukkende for å slippe unna regelverket i landet hvor tjenesten skal tilbys. Denne situasjonen har vært behandlet i flere dommer, og domstolen har da klart slått fast at i slike situasjoner har vertslandet rett til å gjøre interne regler gjeldende. I Case C-33/74, Van Binsbergen, § 13 heter det: "Likewise, a member state cannot be denied the right to take measures to prevent the exercise by a person providing services whose activity is entirely or principally directed towards its territory of the freedom guaranteed by article 59 for the purpose of avoiding the professional rules of conduct which would be applicable to him if he were established within the state". Her viser domstolen til "the general good" (i § 12), altså allmenne hensyn, for å lovgjøre restriksjoner i dette tilfelle. Dette er gjentatt i senere dommer, blant annet i Case C-130/88, van de Bijl og i Case C-288/89, Mediawet. Blir opprinnelseslandsprinsippet vedtatt vil medlemslandene ikke lenger ha mulighet til verne seg i dette tilfelle, all den tid allmenne hensyn ikke kan begrunne en restriksjon overfor tjenesteytere etablert i andre medlemsland. Eksempelet er dermed nok en illustrasjon på hvor vanskelig det vil bli for medlemslandene å opprettholde eller i hvert fall håndheve egne regler hvis direktivforslaget vedtas.

Innen etableringretten har domstolen riktignok tatt et annet standpunkt. Case C-212/97, Centros, gjaldt to danske statsborgere som hadde etablert et aksjeselskap i Storbritannia, og som senere ønsket å opprette en filial i Danmark. Mye tydet på at de i utgangspunktet hadde stiftet selskapet i Storbritannia bare for å omgå det danske kravet til aksjekapital på 200 000 DKK. Britisk lovgivning stilte ingen krav til aksjekapital, og selskapet hadde dessuten aldri noen aktivitet i Storbritannia. Av den grunn nektet danske myndigheter å godkjenne opprettelsen av en filial. Centros anla sak overfor ECJ og vant frem. Domstolen var riktignok enig i at mye tydet på at hensikten her var nettopp å omgå danske krav, men den ga likevel Centros medhold. Den begrunnet standpunktet med at retten til å etablere filialer i et annet medlemsland var grunnleggende i rettsreglene innen fri etablering. § 27: "The right to form a company in accordance with the law of a Member State and to set up branches is inherent in the exercise, in a single market, of the freedom guaranteed by the Treaty." Senere i dommen går den inn på medlemslandenes rett til å verne kreditorer (hensikten med kravet til aksjekapital), men konkluderer likevel at dette hensynet her ikke kan begrunne Danmarks standpunkt. Ettersom Centros er etablert i Storbritannia er kreditorene uansett beskyttet av så vel britisk lovgivning som av felleskapsretten (§ 36), noe som kan forsvare at dansk lovgivning ikke gjøres gjeldende her. Her settes altså nasjonal lovgivning til side, men dette er delvis begrunnet med at formålet med de danske reglene også oppnås med opprinnelseslandets og felleskapsrettens regler.

En sammenfatning av dette avsnittet kan være at regelen om opprinnelseslandprinsippet legger opp til en omfattende harmonisering av rettsreglene innen tjenester. Prinsippet vil gjøre det svært vanskelig for et medlemsland å ha regler som avviker fra regler i andre land i avtaleområdet; All den tid disse reglene bare kan håndheves overfor landets egne tilbydere og ikke tilbydere etablert i andre land, vil en håndheving ha liten effekt og dessuten fort gi tilbydere fra andre medlemsland konkurransefortrinn. Samtidig er unntakshjemlene få og begrenser seg i hovedsak til den som er nevnt i EØS-avtalens artikkel 33 (EU art. 46), altså hensyn til offentlig orden, sikkerhet og folkehelsen, og i henhold til rettspraksis skal disse reglene anvendes innskrenkende. Dersom denne regelen vedtas vil nok hvert enkelt medlemslands handlingsrom minkes betydelig.

3.5.3 Direktivforslaget av 4.4 2006

Som nevnt i innledningen er regelen om opprinnelseslandsprinsippet fjernet i det nye forslaget, og i stedet innføres 'Rett til å tilby tjenester' – 'Freedom to provide services'. I dette avsnittet gir jeg en svært summarisk fremstilling av hva som ligger i denne retten og hvordan den forholder seg til regelen om opprinnelseslandsprinsippet. Hvor stor er egentlig endringen fra det tidligere forslaget?

Artikkel 16 i det nye forslaget behandler vertslandets mulighet til å regulere tilbydere fra andre medlemsland. I punkt 1 i artikkelen heter det at vertslandet har plikt til å respektere tjenesteyters rett til å tilby tjenester, og at et vertsland bare kan stille krav til en slik tjenesteyters dersom kravet kan begrunnes med hensynet til enten offentlige sikkerhet, offentlig orden, folkesundhet eller miljøet. I tillegg må kravet tilfredsstillende ikke-diskrimineringsprinsippet og proporsjonalitetsprinsippet.

Ser man nøyere på dette punktet minner det mye om unntaksregelen til opprinnelseslandsprinsippet. Riktignok er miljøhjemmelen her mer generell – i regelen om opprinnelseslandsprinsippet kreves det 'spesielle kjennetegn' ved et område for å kunne begrunne et krav eller en tillatelsesordning med miljøet, men ellers er ordlyden i de to forslagene påfallende like. Det er også verdt å merke seg at heller ikke dette forslaget viser til allmenne hensyn (public interests) eller rettspraksis for å lovliggjøre en restriksjon overfor en tilbyder fra et annet medlemsland. Dette tilsier vel at dette hensynet heller ikke kan anvendes overfor 'retten til å tilby tjenester', noe som vil være en vesentlig endring av gjeldende rett og en reduksjon av medlemslandenes lovgivningsmyndighet på eget område.

Selv om de to reglene – opprinnelseslandsprinsippet og rett til å tilby tjenester – tilsynelatende er ulikt utformet, er innholdet i hovedreglene påfallende like i de to forslagene: Begge krever hjemmel i offentlig orden, offentlig sikkerhet, folkesundhet eller miljøet for å kunne regulere tilbydere etablert i andre medlemsland, samtidig som allmenne

hensyn ikke kan hjemle en slik regulering. Endringen med det nye forslaget er vel derfor i praksis ikke så stor i forhold til forslaget fra 2004.

Men ser man til hvilke områder som er unntatt fra 'rett til å tilby tjenester', inneholder det nye forslaget noen vesentlige endringer sammenlignet med opprinnelseslandsprinsippet. For det første er alle arbeidsrettslige forhold er unntatt (artikkel 1, punkt 6 og 7), og likeens er avfallsbehandling (artikkel 17, pkt 1), innkreving av gjeld (art. 17, pkt 7a) og samordning av trygdesystemer innen medlemslandene (art. 17, pkt. 9). I sum kan man derfor si at i praksis er opprinnelseslandsregelen fremdeles hovedregelen når det gjelder medlemslandenes mulighet til å regulere tilbydere fra andre medlemsland, mens langt flere områder enn tidligere er unntatt fra prinsippet.

4 Rettsreglene anvendt på arbeidsrettslige forhold

Mye av diskusjonen rundt direktivforslaget har kretset om arbeidsrettslige spørsmål, og det er særlig regelen om opprinnelseslandsprinsippet som har vært ansett som problematisk. På sett og vis er dette overraskende ettersom direktivforslaget klart slår fast at prinsippet ikke skal gjelde på områder som reguleres av 96/71/EF, 'Direktiv om utstasjonering av arbeidstakere som ledd i utveksling av tjenesteytelse'. Riktignok regulerer ikke dette direktivet alle arbeidsrettslige spørsmål – det er ikke uttømmende, men de viktigste spørsmålene som minstelønn og arbeidstid behandles her. I dette avsnittet drøfter jeg hvordan arbeidsrettslige aspekter berøres av forslaget, og jeg legger særlig vekt på grensedragningen mot direktiv 96/71/EF. Fremstillingen begynner med en gjennomgang av reglene i 96/71/EF etterfulgt av en drøfting om hvordan reglene eventuelt påvirkes av direktivforslaget.

4.1.1 Rettsreglene i direktiv 96/71/EF

Direktiv 96/71/EF trådte i kraft i 1999, og det er på mange måter et forsøk på å forene til dels motstridende hensyn. For det første skal reglene i direktivet stimulere tilbud av tjenester på tvers av landegrensene i medlemsområdet. Samtidig skal det både sikre gode

vilkår for de utplasserte arbeidstakerne og gi vertslandet mulighet til å verne seg mot for stor utenlandsk konkurranse. Disse hensynene er som nevnt kryssende, og en konsekvens er at rettsreglene i direktivet kun regulerer et veldig begrenset område av arbeidsrettslige spørsmål.

I direktiv 96/71/EF artikkel 1 heter det at direktivet får anvendelse på virksomheter som i forbindelse med levering av tjenester utstasjonere arbeidstakere på et annet medlemslands område, og utstasjoneringen varer lengre enn åtte dager (artikkel 1 og 2). Dersom oppholdet var en måned eller mindre kan medlemslandene i samråd med arbeidstakerne avtale at direktivet ikke skal gjelde (artikkel 2, punkt 3). Er utstasjoneringstiden lenger enn åtte dager (evt. en måned) er det vertslandets regler for minstelønn, arbeidstid, ferie, sikkerhet, sundhet og hygiene på arbeidsplassen, beskyttelse av kvinner som nylig har født, samt likestillingsregler som skal gjelde (artikkel 3, punkt 1). I artikkel 3, punkt 7 heter det videre at partene har mulighet til å avtale betingelser som er gunstigere for arbeidstakerne enn minstesatsene. I artikkelen heter det til og med at vertslandet har *plikt* til å sørge for at deres betingelser blir brukt, forutsatt at opprinnelseslandet ikke har bedre vilkår enn vertslandet.

Her ser man altså at når det gjelder kjernen i de arbeidsrettslige spørsmål er det vertslandets regler som skal gjelde, og opprinnelseslandsprinsippet får ingen påvirkning på disse forholdene. Men arbeidsrettslige spørsmål omfatter flere forhold enn kjernespørsmålene som er nevnt i artikkel 2, punkt 3. Det kan være faglige rettigheter som streikerett, rett til å organisere seg og rett til forhandlede lønnsavtaler som ligger over den vedtatte minstelønningen. I hvilken grad kan vertslandet da gjøre egen lovgivning gjeldende? I artikkel 3 punkt 10 i direktivet heter det at vertslandet også kan gjøre egne arbeids- og ansettelsesvilkår gjeldene dersom det er tale om grunnleggende rettsprinsipper, 'ordre public'. Her åpnes det altså for at vertslandet også utenfor kjerneområdene kan anvende egen lovgivning, forutsatt at det foreligger grunnleggende rettsprinsipper, 'ordre public'. For å avgjøre rekkevidden av denne muligheten må man avklare hva som ligger i dette begrepet.

Direktiv 96/71/EF gir ingen veiledning i hva som menes med grunnleggende rettsprinsipper, men i litteraturen og rettspraksis beskrives dette som en begrunnelse for å sette internasjonale regler tilside når disse strider mot fundamentale vurderinger i nasjonalstatens rettssystem¹⁶. Eksempler kan være å unngå tvangsarbeid, eller å sikre organisasjonsrett. Kriteriet er lite brukt, og mye tyder på at bl.a. retten til å streike, eller å motta en forhandlet lønn som ligger over minstelønnen vil falle utenfor 'ordre public', slik at dette er forhold som ikke reguleres av direktiv 96/71/EF. En slik tolkning er dessuten i tråd med direktiv 96/71/EFs formål: i tillegg til å skape et arbeidsrettslig vern skal det også fremme tjenestetveksling over landegrensene og inntektsutjevning i medlemsområdet. Å ikke la land med lavere lønnsnivå få utnytte det konkurransefortrinn dette gir dem strider mot denne hensikten. Mye tyder derfor på at 'ordre public' skal anvendes restriktivt. Dette synspunktet støttes for øvrig av hvordan dette begrepet er anvendt ellers i fellesskapsretten – domstolen har i flere dommer uttalt at 'ordre public' / 'public policy' (i EØS-avtalen artikkel 33) skal tolkes innskrenkende¹⁷. En sikker tolkning av hva som faller under begrepet er altså vanskelig å gi, men i den videre drøftingen legger jeg til grunn at begrepet skal tolkes restriktivt slik at lite annet enn kjernerettighetene reguleres av 96/71/EF.

4.1.2 Arbeidsrettslige forhold som ikke reguleres av 96/71/EF

Som nevnt i forrige avsnitt er det vanskelig å gi en sikker avgrensing av hvilke arbeidsrettslige forhold som kan reguleres av 96/71/EF ved henvisning til 'ordre public', men mye tyder på det er få arbeidsrettslige forhold utenom kjernerettighetene minstelønn, arbeidstid, vern av gravide og likestilling som reguleres av dette direktivet. Dette tilsier at retten til å streike, å motta en forhandlet lønn som ligger over minstelønnen eller benytte seg av andre fremforhandlede goder faller utenom 96/71/EF. Disse forholdene vil i så tilfelle reguleres av tjenstedirektivet og berøres av opprinnelseslandsprinsippet.

¹⁶ Tore Sigeman: Fri rørlighet for tjenester och nationell arbeidsrett.

¹⁷ Case C-41/74, van Duyn v Home Office, Case C-36/75, Rutili v Ministre de l'Interieur

Opprinnelseslandsprinsippet gir vertslandet ingen mulighet til å gjøre egen lovgivning gjeldende overfor tjenesteytere fra andre land, så fremt man ikke kan vise til hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet eller folkesundhet.

I norsk lovgivning reguleres flere av disse forholdene av lov om allmenngjøring av tariffavtaler mv, nr 58, 1993. I denne loven gis norske myndigheter mulighet til å fastsette lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere på norsk jord. I § 1-2, punkt 1, heter det: "Loven gjelder fastsetting av lønns- og arbeidsvilkår for arbeidstakere som utfører arbeid i en annens tjeneste i Norge." I dette ligger det at loven også kan anvendes overfor selskaper som er etablert i andre land, så lenge arbeidet utføres i Norge. I punkt 5 i samme paragraf slås det videre fast at loven er ufravikelig og også gjelder for arbeidsforhold som forøvrig er regulert av et annet lands rett. § 2 og § 3 angis det hvordan lønns- og arbeidsforholdene skal fastsettes, nemlig ved forhandlinger mellom representanter for arbeidstaker- og arbeidsgiverorganisasjonene. Loven gir også myndighetene mulighet for sanksjoner overfor arbeidsgivere som ikke overholder betingelsene. § 5 gir hjemmel for å boikotte selskapet, og i henhold til § 8 kan selskapet straffes med bøter. Skyldkravet i § 8 er uaktsomhet og forsett.

Først undersøker jeg hvorvidt direktivforslaget påvirker myndighetenes mulighet til gjøre krav til lønns- og arbeidsvilkår gjeldende overfor norske selskap. Deretter ser jeg på muligheten til å gjøre kravene gjeldende overfor selskaper som er etablert i andre land innen avtaleområdet. Utstasjoneringsdirektivet 96/71/EF, artikkel 3 sikrer at utstasjonerte arbeidstakere innen tjenestesektoren skal ha minstelønn, men dersom en fagforening innen en sektor har forhandlet frem en lønn som er høyere enn minstelønnen, faller dette utenfor utstasjoneringsdirektivet, og berøres derfor av tjenestedirektivet.

Myndighetenes mulighet til å gjøre kravene gjeldende overfor egne tjenestetilbydere reguleres av direktivforslagets artikkel 14 og 15. Artikkel 14 lister ulovlige krav mens artikkel 15 lister krav som skal vurderes i henhold til ikke-diskrimineringsprinsippet, allmenne hensyn og proporsjonalitetsprinsippet. Siden ingen av kravene i artikkel 14

gjelder lønn eller arbeidsmiljø er det klart at loven ikke rammes av denne artikkelen. Heller ikke kravene som skal vurderes i artikkel 15 rammer loven, slik at norske myndigheters mulighet til å regulere lønns- og arbeidsmiljøvilkår for norske selskaper påvirkes ikke av reglene i direktivforslaget.

Ettersom hensikten med loven om allmenngjøring av tariffavtaler er å sikre arbeidstakere fra utenlandske selskap gode vilkår i Norge og å verne norske arbeidstakere mot konkurranse, er det avgjørende for lovens slagkraft hvorvidt den kan håndheves overfor selskaper etablert i andre medlemsland. Men i henhold til artikkel 16, punkt 3, e) i direktivforslaget kan norske myndigheter ikke stille krav til tjenesteytere som er etablert i andre medlemsland. Punkt 2 i den samme artikkelen forbyr videre vertslandene å utøve kontroll med selskaper etablert i andre medlemsland. I henhold til denne hovedregelen har Norge derfor ingen mulighet til å stille krav til verken lønnsnivå utover minstelønn eller arbeidsmiljø i selskap fra andre medlemsland som utfører arbeid i Norge, unntatt når det gjelder kjernerettighetene formulert i 96/71/EF. Riktignok er enkelte virksomheter unntatt fra opprinnelseslandprinsippet: posttjenester, elektrisitetsdistribusjon, gassdistribusjon, vanddistribusjon, regnskapsrevisjon og virksomheter som krever medvirkning av en notar. Tatt i betraktning at ingen av disse næringene er særlig utsatt for konkurranse fra utenlandske selskaper, er vel disse unntakene bare av akademisk interesse i forhold til lov om allmenngjøring. I sum er det vel derfor klart at loven vil miste mye av sin slagkraft overfor andre europeiske selskaper dersom direktivforslaget vedtas.

Likevel er ikke vertslandet helt uten virkemidler overfor utenlandske selskaper. I henhold til 96/71/EF er det vertslandets minstelønn som skal gjelde, og ved å regulere denne kan landene i stor grad påvirke tilbudet av selskaper fra lavkostland på deres område. Tatt i betraktning at det i hovedsak er lønnskostnadene som gir lavkostnadene konkurransefortrinn, er dette et slagkraftig instrument som medlemslandene kan bruke også dersom opprinnelseslandsprinsippet vedtas.

En oppsummerende kommentar kan være at dersom opprinnelseslandsprinsippet vedtas vil arbeidsrettslige forhold som streikerett og rett til fremforhandlede lønninger over minstelønnsnivå påvirkes all den tid et vertsland ikke kan gjøre disse rettighetene gjeldene overfor selskap som er etablert i andre medlemsland. Dette er en klar endring av gjeldende rett. Men det er likevel verdt å merke seg at medlemslandene fremdeles vil ha mulighet til å fastsette minstelønnsnivå på deres område, og dette er et slagkraftig instrument for å påvirke tilbud av tjenesteytere fra andre medlemsland.

I det reviderte direktivforslaget som ble lagt frem 4.4 2006 er alle arbeidsrettslige forhold unntatt (artikkel 1, punkt 6), slik at gjeldende rett innen arbeidsretten endres ikke.

5 Noen rettspolitiske betraktninger

Som nevnt tidligere i avhandlingen er det regelen om opprinnelseslandsprinsippet som er den største nyskapningen i direktivforslaget; det er denne regelen som i størst grad ville ha endret gjeldende rett. Reglene omkring tjenstedefinisjonen og lovlige restriksjoner er i hovedsak en videreføring av dagens regler – muligens med en utvidelse av tjenestebegrepet og en viss innstramming i unntaksreglene. Diskusjonen i dette avsnittet konsentrerer seg derfor om opprinnelseslandsprinsippet og prøver å belyse noen rettspolitiske aspekter ved det.

En av de største innvendingene mot forslaget har vært at det vil gi sosial dumping. I kapittel 3.5 konkluderte jeg at regelen om opprinnelseslandet vil gjøre det vanskelig for medlemslandene å håndheve enkelte arbeidsrettslige regler overfor selskaper som er etablert i andre medlemsland. Ettersom graden av arbeidstakerbeskyttelse i dag varierer ganske mye landene imellom, har flere hevdet at dette vil føre til at foretak fra medlemsland med liten regulering vil tilby tjenester i land med et høyere grad av beskyttelse. Siden de kan tilby tjenestene til en til dels langt lavere pris, er det trolig at de vil utkonkurrere vertslandenes egne tilbydere. Denne utviklingen har man allerede sett innen håndverkstjenester: tilbydere fra de østlige medlemslandene tilbyr i dag tjenester i

Vest-Europa til en lavere pris enn vertslandenes egne tilbydere. I Vest-Europa har dette gitt skjerpet konkurranse, og i noen tilfeller også lavere sysselsetting hos egne tilbydere.

Dersom forslaget regel om opprinnelseslandsprinsippet vedtas er det grunn til å tro at denne utviklingen vil øke. En slik øking er dessuten helt i tråd med direktivforslagets formål: noe av hensikten er nettopp å stimulere tjenestetilbudet på tvers av landegrensene. Som man allerede har sett er det klart at en slik utvikling har flere sider: På kort sikt er det grunn til å tro at den vil gi vanskeligere vilkår for de vesteuropeiske tilbyderne: siden de ikke er konkurransedyktige på pris vil de møte et hardere arbeidsmarked. At denne utviklingen vil gi tilsvarende positive virkninger i de østlige landene, er vel også ganske klart: Muligheten for å tilby tjenester i et større marked vil gi økonomisk vekst og økte inntekter. Slik sett kan prinsippet bidra til inntekstutjevning mellom de europeiske landene. At en slik utvikling i hvert fall på kort sikt går på bekostning av enkelte yrkesgrupper i de vesteuropeiske landene, er en mer uheldig effekt. En annen uønsket virkning kan være at de østlige landene mister kvalifisert og spesialisert arbeidskraft, noe som igjen vil hindre vekst i disse landene.

Effekten av prinsippet på lang sikt er vanskeligere å forutsi. Kan hende vil ordningen gi en såpass betydelig økonomisk vekst i de østlige landene at lønns- og velstandsnivået innen avtaleområdet vil utjevne seg. I så tilfelle er dette en ønskelig konsekvens, og det er vel grunn til å tro at idet vilkårene er noenlunde like innen avtaleområdet blir det mindre attraktivt å tilby håndverkertjenester over landegrensene: det innebærer tross alt både sosiale og økonomiske kostnader å pendle til andre medlemsland. Samtidig er det ikke vanskelig å forstå skepsisen i de vestlige landene: enkelte av medlemslandene har allerede en betydelig arbeidsledighet, og en overgangsfase med øket ledighet kan være vanskelig å godta. På den andre siden kan prinsippet gi en vekst i tjenestenæringen som også vil komme de vestlige landene til gode: Også for tilbydere i disse landene vil det bli enklere å tilby tjenester over landegrensene.

Et annet moment ved prinsippet er at det vil tvinge frem en rettsharmonisering innenfor tjenestelovgivningen i avtaleområdet. Ordningen vil gjøre svært vanskelig for medlemslandene å opprettholde egne regler. Restriktive regler i et land vil gi landets egne tilbydere konkurransemessige ulemper, og å håndheve reglene overfor egne tilbydere all den tid de ikke kan håndheves overfor tilbydere etablert i andre land vil vel fremstå som lite attraktivt. På sikt vil dette føre til en ensartet lovgivning innen avtaleområdet. Denne virkningen er indirekte, men likevel reell: medlemslandene mister med dette lovgivningsmyndighet innen tjenester.

På den andre siden kan man spørre om ikke dette er den samme som utviklingen som man allerede har sett innen varehandelen. Her har man i dag ensartete produktkrav og lovgiving innen avtaleområdet, og at denne harmoniseringen har stimulert varehandelen i medlemsområdet er det i hovedsak enighet om. En tilsvarende utvikling innen tjenester er på mange måter bare en konsekvens av regelen om fri bevegelse: svært ulike regler innen medlemsområdet vil gjøre det vanskelig for produsentene å tilby tjenester over landegrensene og i praksis hindre fri bevegelse. Dessuten er harmonisering er uttalt mål med unionen, og direktivforslaget er i så henseende i samsvar med medlemslandenes ønsker.

Det mest problematiske aspektet ved prinsippet er at på områder hvor fellesskapsretten ikke er harmonisert mister medlemslandene muligheten til å verne allmenne hensyn som for eksempel kreditorvern, miljøvern, forbrukerinteresser og til dels arbeidstakerhensyn. Dette vil bare være problematisk i så lenge fellesskapsretten ikke har regler som ivaretar disse hensynene, men enn så lenge er vernet av disse forholdene svekket. Og uansett mister medlemslandene noe av myndigheten til selv å regulere dette på sitt eget område.

Dersom direktivforslaget fra 2006 vedtas vil arbeidsrettslige forhold være unntatt, men for næringer som fremdeles reguleres av direktivforslaget vil rettstilstanden være mye den samme som ved opprinnelseslandsprinsippet: Betingelsene for å regulere tilbydere fra

andre medlemsland vil være som for opprinnelseslandsprinsippet også ved 'rett til å tilby tjenester', slik at en rettsharmonisering vil tvinge seg frem.

6 Sammenfatning

I dette kapittelet prøver jeg å besvare spørsmålene som ble formulert innledningsvis; stemmer det at reglene i direktivforslaget endrer gjeldende rett?

Det første punktet i avhandlingen behandlet tjenestedefinisjonen ved å se til kravene om betaling, grenseoverskridelse og midlertidig utøving. Kritikere har hevdet at definisjonen utvides i direktivforslaget slik at flere produkter enn tidligere vil karakteriseres som tjenester hvis forslaget vedtas.

Når det gjelder det kravet til midlertidig utøvelse, er det lite som tyder på at reglene endres. Direktivforslagets rettslige kommentar (19) er nærmest et ordrett sitat fra en tidligere dom, nemlig Case C-55/94, Gebhard. Det understrekes at man i vurderingen av midlertidig skal se til varighet, periodisitet, kontinuitet og regularitet, samtidig som tilbyderer kan ha kontor så vel som praksis i vertslandet og likevel tilby en midlertidig tjeneste. Dette er kriterier som allerede er formulert i rettspraksis, og forslaget er derfor lite annet enn en kodifisering av gjeldende rett. I forslaget fra april 2006 er kommentar (19) fjernet, men det er heller ingenting i dette forslaget som tyder på at gjeldende rett endres.

For betalingskravet er konklusjonen mer usikker. I følge rettslige kommentar (15) er kravet dekket for en tjeneste som normalt utføres mot betaling. Kriteriet 'normalt dekket mot betaling' er tidligere formulert i rettspraksis, nemlig Case C-159/90, Grogan, og introduserer dermed ikke noe nytt. Men videre i den samme kommentaren heter det at det ikke kreves at den som mottar tjenesten også er den som betaler den, og dessuten at det er uten betydning hvordan den økonomiske motytelsen som utgjør betalingen finansieres. Her kan man se for seg en nedtoning av betalingskravet slik at også produkter som finansieres over skattebudsjettet vil være tjenester, ettersom det er uten betydning hvordan den

økonomiske motytelsen finansieres. I så tilfelle vil forslaget utvide tjenstedefinisjonen. Men en slik tolkning er alt annet enn sikker, og i motsatt retning kan man argumentere at kravet om at det 'normalt ytes mot betaling' uansett vil tilsi at offentlige produkter som finansieres over skattebudsjettet ikke er tjenester. Hvorvidt dette kravet endres med forslaget er derfor åpent.

I forslaget av april 2006 er kommentar (15) fjernet slik at usikkerheten som ble skapt med formuleringen om at betalingskravet var innfridd uansett hvordan motytelsen finansieres faller bort. Videre er kommentar (16) reformulert slik at den inneholder kun sitater fra og henvisninger til rettspraksis. Mye tyder derfor på at gjeldende rett videreføres også her.

Det siste kravet til grenseoverskridelse elimineres fullstendig i direktivforslaget, ettersom det i artikkel 2, punkt 1 heter at reglene i direktivforslaget "finner anvendelser på tjenesteydelser der utføres av tjenesteyter som har deres forretning i et medlemsland." I motsetning til tidligere vil tjenestereglene dermed komme til anvendelse på alle tjenester som tilbys i medlemslandene, og rent interne forhold vil ikke lenger være unntatt fra fellesskapsretten. Dette strider klart med dagens regler slik de er formulert både i selve EØS-avtalen, nemlig i artikkel 36 siste ledd, og i rettspraksis¹⁸. Direktivforslaget innebærer altså her en vesentlig endring av rettstilstanden. Denne artikkel er ikke endret i forslaget fra 2006.

Når det gjelder definisjon av restriksjoner er det lite nytt å merke seg. Forslaget behandler ikke restriksjoner generelt, men definerer begrepene tillatelsesordninger og krav. Disse definisjonene inneholder ingen nye elementer verken i forhold til EØS-avtalen eller til rettspraksis.

Medlemslandenes mulighet til å kreve tillatelsesordninger fra og til å stille krav til selskaper som er etablert i hjemlandet er i hovedtrekk uendret. En viktig forskjell fra dagens regler er at unntakshjemlene i EØS-avtalens artikkel 32 og artikkel 33 om offentlig

¹⁸ Case C3/95, Reiseburo Broede, Case C--17/94 Gervais, Case C-41/90 Høfner/Macrotron

myndighetsutøvelse, orden, sikkerhet og sundhet ikke kan brukes til å begrunne en tillatelsesordning eller et krav. I utgangspunktet er dette en radikal endring, all den tid den setter til side en avtalefestet bestemmelse. På en annen side er dette to hjemler som har vært lite brukt; Det er vanskelig å finne rettspraksis som lovliggjør en restriksjon med hjemmel i de to artiklene, og i tillegg har domstolen uttalt om begge artiklene at de skal anvendes restriktivt¹⁹. I praksis er endringen kanskje derfor ikke så stor.

I forslaget fra april 2006 er dette endret, slik at offentlig myndighetsutøvelse, orden, sikkerhet og sundhet fremdeles kan hjemle en tillatelsesordning.

Medlemslandene vil fremdeles ha mulighet til å begrunne tillatelser og krav overfor selskaper som er etablert i hjemlandet ved å vise til allmenne hensyn. Riktignok formulerer direktivforslaget artikkel 14 en liste over absolutt forbudte krav, og overfor disse kravene kan unntakshjemmelen allmenne hensyn ikke brukes. Ettersom en del av disse kravene tidligere har vært begrunnet i denne hjemmelen er dette en endring av gjeldende rett. Blant annet har artikkelen forbud mot å kreve opptak i et register på deres område, noe som vil gjøre det vanskelig for medlemslandene å verne seg overfor selskaper som gjentatte ganger har gått konkurs og dermed påført kreditorer og kunder tap.

Et uavklart spørsmål er hvorvidt definisjonen av allmenne hensyn skal fryses på dagens nivå eller om domstolen skal kunne fortsette å utvikle dette begrepet selv om direktivforslaget vedtas. At forslaget ikke avklarer dette åpner vel for at domstolen her står fritt; den kan selv avgjøre om begrepet skal videreutvikles.

I forslaget fra april 2006 er allmenne hensyn definert i artikkel 4, punkt 7a, og her listes langt flere hensyn enn dem som er nevnt i forslaget fra 2004. Dette styrker inntrykket av at gjeldende rett videreføres.

¹⁹ Case C-2/74, Reyners, Case C-260/89, Ert.

I hovedtrekk kan man si at både tjenstedefinisjon og unntaksreglene i direktivforslaget er en videreføring av gjeldende rett. Riktignok utvides tjenestebegrepet noe og unntaksreglene innsnevres, men ingen av disse endringene er radikale nyskapninger.

Den største endringen i gjeldende rett ligger i direktivforslagets regel om opprinnelseslandsprinsippet. I korthet går denne regelen ut på at medlemslandene ikke kan stille krav til eller kreve tillatelser fra selskaper som er etablert i et annet medlemsland og som tilbyr tjenester på deres område; selskapene skal bare måtte forholde seg til reglene i landet de er etablert - opprinnelseslandet. EØS-avtalen har ingen regler som forbyr medlemslandene å regulere tjenestetilbudet på sitt eget område: Artikkel 37 gir tjenesteyterne kun rett til å tilby tjenester på samme vilkår som vertslandets egne tilbydere - så lenge reguleringene ikke er diskriminerende. Også rettspraksis har i flere dommer godtatt at medlemslandene har gjort egne regler gjeldende overfor tjenesteytere fra andre medlemsland²⁰. Riktignok har rettspraksis også eksempler på at vertslandene ikke får anvende egen lovgivning selv når denne beskytter et allment hensyn. I *Vander Elst* og *Guiot/Climatec* fikk vertslandet ikke gjøre egne regler om henholdsvis arbeidstillatelse og arbeidsgiveravgift gjeldene, men her begrunnet domstolen dette med at hjemlandenes regler regulerte dette. Slik sett kan man si at opprinnelseslandsprinsippet allerede er brukt i rettspraksis, men domstolen har da alltid begrunnet bruken med at både verts- og hjemlandets regler verner det aktuelle allmenne hensynet. Direktivforslaget setter ingen slike betingelser: prinsippet skal gjelde uavhengig av om reglene er harmoniserte eller ikke. Dette er en vesentlig endring av gjeldende rett.

En konsekvens av prinsippet er at det vil bli svært vanskelig for medlemslandene å opprettholde egne regler innen tjenestelovgivningen. Siden reglene ikke kan håndheves overfor utenlandske tilbydere vil det vel fremstå som lite fristende å håndheve dem overfor for landets egne tilbydere; det vil bare føre til at de utenlandske tilbyderne får et konkurransefortrinn. På sikt vil vel dette tvinge frem en rettsharmonisering innen området,

²⁰ Case C-376/96, *Arblade*, Case C-113/89, *Rush Portuguesa*

i hvert fall innen områder som er utsatt for konkurranse fra andre medlemslands tjenestetilbydere.

En rekke virksomheter er unntatt fra prinsippet, deriblant posttjenester, energi- og vanddistribusjon, regnskapsrevisjon, kontraktspørsmål og arbeidsrettslige spørsmål som reguleres av direktiv 96/71/EF. I tillegg er pengetransport, spill, lotteri og veddemål midlertidig unntatt inntil felleskapsretten er harmonisert innen disse feltene.

De generelle unntakshjemlene er færre enn i dagens rettstilstand. De begrenser seg til hensynet til offentlig orden, offentlig sikkerhet og folkesundheten. I tillegg har forslaget en unntakshjemmel for miljøhensyn, men denne hjemmelen krever ”særlige kjendetegn ved det sted” tjenesten tilbys for å kunne anvendes. Ordlyden ”særlige kjendetegn” tilsier vel at det skal sterke grunner til å anvende hjemmelen, og en mulig tolkning er at man har hatt områder med spesielt sårbar natur i tankene – som for eksempel nordområdene. En generell unntakshjemmel til prinsippet for miljøhensyn har forslaget altså ikke.

Direktivforslaget har ingen henvisninger til allmenne hensyn som unntakshjemmel for opprinnelseslandsprinsippet. Tatt i betraktning at det er denne unntakshjemmelen som så langt er mest brukt for å lovliggjøre en restriksjon, innebærer dette en vesentlig reduksjon i medlemslandenes mulighet til å regulere tjenestetilbudet på sitt område og en klar endring av rettstilstanden. En virkning kan være at enkelte allmenne hensyn blir dårligere vernet enn de er i dag: Tidligere har domstolen anerkjent forbrukervern, kreditorvern, miljøvern og arbeidstakervern som allmenne hensyn, men dersom forslaget vedtas kan medlemslandene ikke lenger vise til disse hensynene for å regulere tilbydere fra andre medlemsland. En mulig konsekvens er en svakere beskyttelse av hensynene – i hvert fall inntil felleskapsretten får regler som ivaretar hensynene.

I forslaget fra 2006 er opprinnelseslandsprinsippet erstattet med ’Rett til å tilby tjenester’. Til tross for reformuleringen ligner denne regelen mye på opprinnelseslandsprinsippet: å regulere tilbydere fra andre medlemsland krever fremdeles hjemmel i hensynet til offentlig

orden, offentlig myndighet, folkehelsen eller miljøet; heller ikke i dette forslaget kan medlemslandene vise til allmenne hensyn. Men flere næringer enn tidligere er unntatt fra regelen: for eksempel er alle arbeidsrettslige forhold unntatt direktivet, og det er utvidelsen av unntaksområdene som er den største forskjellen fra forslaget av 2004.

7 Litteraturliste

- Andenæs, Mads and Roth, Wulf-Henning: *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford 2002
- Arnesen, Finn: *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*, Oslo 1996
- Broberg, Morten og Holst-Christensen, Nina: *Free movement in the European movement*, Copenhagen 2004
- Gekiere, Wouter: *Analyzing the legal repercussions of the draft services directive and its impact on national services regulations*, Leuven 2004
- Graig, Paul and Grainne de Burca: *EU law*, Oxford 1998
- Kapteyn, P.J.G. and VerLoren van Themaat, P: *Introduction to the Law of the European Communities*, London 1998
- Sejersted, Fredrik .. [et al.]: *EØS-rett*, 2.utg. Oslo 2004
- Sigeman, Tore: *Fri rørlighet for tjenester och national arbeidsrett*, Europarettslig tidskrift, nr. 3 2005, Årgang 8, s 465-495
- Robert Schuman: *Guide to the case law, Free movement of services*, Luxembourg 1997
- Toth, A.G.: *The Oxford encyclopaedia of European community law*, Oxford 1990

8 Domsregister

- Case C-41/74, van Duyn v Home Office
- Case C-2/74, Reyners
- Case C-33/74, Van Binsbergen
- Case C-36/75, Rutili v Ministre de l'Interieur
- Case C-120/78, Cassis de Dijon
- Case C-62/79, Coditel
- Case 286/82, Luisi and Carbone
- Case C-205/84 Commision/Germany
- Case C-96/85, Commission / France
- Case 263/86, Humbel

Case 130/88, van de Bijl v Staatssecretaris van Economische Zaken

Case C-113/89, Rush Portuguesa

Case C-154/89, Tourist Guides

Case C-180/89, Tourist Guides

Case C-198/89, Tourist Guides

Case C-260/89, Ert

Case C-288/89, Mediawet

Case C-41/90 Høfner/Macrotron

Case C-76/90, Dennemeyer

Case C-159/90 Grogan

C-106/91, Claus Ramrath

Case C-23/93 TV10

Case C-43/93 Vander Elst

Case C-484/93 Svensson, Gustavsson

Case C-17/94 Gervais

Case C-55/94 Gebhard

Case C-272/94, Guiot/Climatec

Case C-3/95, Reiseburo Broede

Case C-158/96, Kohll

Case C-376/96, Arblade

Case C-157/99 Smits/Peersbooms